شرح هدايه لاكمل الدين ٢٦٣
٢٧٢

٥ مجـ

كتاب الطهارة ٢ فصل في نواقض الوضوء ٩ فصل في الغسل ١٢ باب الماء الذي يجوز به ١٣ فصل في البئر ١٩ فصل في الأسآر وغيرها ٢٠

باب التيمم ٢٢ باب المسح على الخفين ٢٦ باب الحيض والاستحاضة ٣٠ باب النفاس ٣٤ باب الأنجاس وتطهيرها ٣٥ فصل في الاستنجاء ٣٧

كتاب الصلوة ٣٨ باب المواقيت ٣٨ فصل ويستحب [illegible] المواقيت ٣٩ فصل في الأوقات التي تكره فيها الصلوة ٤٠ باب الأذان ٤١ باب شروط ٤٢ التي تتقدمها

باب صفة الصلوة ٤٦ فصل في القراءة ٥٢ باب الإمامة ٥٧ باب الحدث في الصلوة ٦١ باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها ٦٣ فصل [illegible] ٦٥

باب صلوة الوتر ٦٧ باب النوافل ٦٨ فصل في قيام شهر رمضان ٧١ باب إدراك الفريضة ٧٢ باب قضاء الفوائت ٧٣ باب سجود السهو ٧٥

باب صلوة المريض ٧٨ باب سجود التلاوة ٧٩ باب صلوة المسافر ٨٢ باب الجمعة ٨٥ باب العيدين ٨٧ فصل في تكبيرات التشريق ٨٨ باب صلوة الكسوف ٨٩

باب صلوة الاستسقاء ٩٠ باب صلوة الخوف ٩٠ باب الجنائز ٩١ فصل في الكفن ٩٢ فصل في الصلوة على الميت ٩٣ فصل في حمل الجنازة ٩٤

فصل في الدفن ٩٥ باب الشهيد ٩٥ باب الصلوة في الكعبة ٩٦ كتاب الزكوة ٩٧ باب صدقة السوائم ٩٩ فصل في زكوة الإبل ٩٩

فصل في زكوة البقر ٩٩ فصل في الغنم ٩٩ فصل في الخيل ١٠٠ فصل وليس في الفصلان ١٠٠ باب زكوة المال ١٠٣ فصل في الفضة ١٠٣

فصل في الذهب ١٠٣ فصل في العروض ١٠٣ باب فيمن يمر على العاشر ١٠٤ باب المعدن والركاز ١٠٦ باب من يجوز دفع الصدقة إليه ١١٠ ومن لا يجوز

باب صدقة الفطر ١١٢ فصل في مقدار الواجب ١١٣ كتاب الصوم ١١٥ باب ما يوجب القضاء والكفارة ١١٨ فصل فيما يوجبه على نفسه ١٢٤ فصل ١٢٢

باب الاعتكاف ١٢٤ كتاب الحج ١٢٦ باب الإحرام ١٢٨ باب القران ١٣٥ باب التمتع ١٣٧ باب الجنايات ١٣٩ فصل جناية الطواف ١٤٢ باب مجاوزة ١٥٠ الميقات

باب إضافة الإحرام ١٥١ باب الإحصار ١٥٢ باب الفوات ١٥٤ باب الحج عن الغير ١٥٤ باب الهدي ١٥٦ مسائل منثورة ١٥٦ كتاب النكاح ١٥٩

فصل في بيان المحرمات ١٦١ باب الأولياء والأكفاء ١٦٤ فصل في الكفاءة ١٦٨ فصل في الوكالة بالنكاح ١٦٩ باب المهر ١٧٠ باب نكاح الرقيق ١٧٨

باب نكاح أهل الشرك ١٨١ باب القسم ١٨٣ كتاب الرضاع ١٨٣ كتاب الطلاق ١٨٤ باب طلاق السنة ١٨٦ باب إيقاع الطلاق ١٨٩ فصل في إضافة الطلاق ١٩١

فصل [illegible] إضافة الطلاق ١٩٦ فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ١٩٧ فصل في الطلاق قبل الدخول ١٩٨ باب تفويض الطلاق ٢٠٠ فصل في ٢٠٠ الاختيار

فصل في الأمر باليد ٢٠١ فصل في المشيئة ٢٠٣ باب الأيمان في الطلاق ٢٠٤ باب طلاق المريض ٢٠٧ باب الرجعة ٢٠٨ فصل فيما تحل به المطلقة ٢١١ باب الإيلاء ٢١٢

باب الخلع باب الظهار فصل في الكفارة باب اللعان باب العنين باب العدة فصل [illegible] باب ثبوت النسب
٢١٤ ٢١٧ ٢١٩ ٢٢١ ٢٢٣ ٢٢٤ ٢٢٨ ٢٢٩

باب الولد احق به باب النفقة كتاب العتاق باب العبد الذي يعتق بعضه باب عتق احد العبدين باب الحلف بالعتق
٢٣١ ٢٣٣ ٢٣٨ ٢٤٢ ٢٤٥ ٢٤٨

باب العتق على جعل باب التدبير باب الاستيلاد كتاب الايمان باب ما يكون يمينا وما لا يكون فصل في الكفارة
٢٤٨ ٢٥٠ ٢٥٢ ٢٥٤ ٢٥٥ ٢٥٧

باب اليمين في الدخول والسكنى باب اليمين في الخروج والاتيان باب اليمين في الاكل والشرب باب اليمين في الكلام فصل [في] حين
٢٥٨ ٢٥٩ ٢٦٠ ٢٦٣ ٢٦٤

باب اليمين في العتق والطلاق باب اليمين في البيع والشراء والتزوج باب اليمين في الحج والصلوة باب اليمين في لبس الثياب باب
٢٦٤ ٢٦٦ ٢٦٧ ٢٦٨

باب اليمين في القتل والضرب باب اليمين في تقاضي الدراهم مسائل متفرقة كتاب الحدود فصل في كيفية الحد واقامته
٢٦٩ ٢٦٩ ٢٧٠ ٢٧٠ ٢٧١

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها باب حد الشرب باب حد القذف
٢٧٣ ٢٧٧ ٢٧٩ ٢٨١

فصل في التعزير كتاب السرقة باب ما يقطع فيه وما لا يقطع فصل في الحرز والاخذ منه فصل في كيفية القطع واثباته
٢٨٤ ٢٨٤ ٢٨٥ ٢٨٧ ٢٨٩

باب ما يحدث السارق في السرقة باب قطع الطريق كتاب السير باب الموادعة ومن يجوز امانه فصل [illegible] الامام
٢٩٣ ٢٩٣ ٢٩٥ ٢٩٦ ٢٩٧

باب الغنائم وقسمتها فصل في كيفية القسمة فصل في التنفيل باب استيلاء الكفار باب المستأمن فصل [illegible]
٢٩٨ ٣٠١ ٣٠٢ ٣٠٣ ٣٠٥ ٣٠٥

باب العشر والخراج باب الجزية باب [illegible] الكفار فصل [illegible] نصارى باب احكام المرتدين باب البغاة
٣٠٦ ٣٠٧ ٣٠٩ ٣١٠ ٣١٠ ٣١٤

كتاب اللقيط كتاب اللقطة كتاب الاباق كتاب المفقود كتاب الشركة فصل [illegible]
٣١٥ ٣١٦ ٣١٨ ٣١٨ ٣٢٠ ٣٢١

فصل في الشركة الفاسدة فصل [illegible] كتاب الوقف فصل احكام المسجد كتاب البيوع
٣٢٤ ٣٢٥ ٣٢٦ ٣٢٨ ٣٢٩

باب خيار الرؤية باب خيار العيب باب البيع الفاسد فصل في احكامه وهذا نوع منه باب الاقالة
٣٤١ ٣٤٥ ٣٥٠ ٣٥٩ ٣٦٣ ٣٦٤

باب المرابحة والتولية فصل [illegible] الفصل باب الربوا باب الحقوق باب الاستحقاق
٣٦٥ ٣٦٧ ٣٧٠ ٣٧٥ ٣٧٦

فصل في بيع الفضولي باب السلم مسائل منثورة كتاب الصرف كتاب الكفالة فصل في الضمان
٣٧٧ ٣٧٩ ٣٨٢ ٣٨٨ ٣٩٢ ٤٠٢

باب كفالة الرجلين باب كفالة العبد والكفالة بجهته باب الحوالة كتاب قضاء القاضي فصل في الحبس
٤٠٤ ٤٠٥ ٤٠٦ ٤٠٩

فصل في الحبس باب كتاب القاضي الى القاضي فصل آخر باب التحكيم مسائل شتى من كتاب القضاء
٤١٢ ٤١٤ ٤١٥ ٤١٨ ٤١٩

فصل في القضاء بالمواريث فصل آخر من هذا الكتاب كتاب الشهادات باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل
٤٢٢ ٤٢٥ ٤٢٦ ٤٣١

باب الاختلاف في الشهادة فصل في الشهادة على الارث باب الشهادة على الشهادة فصل من هذا الباب
٤٣٥ ٤٣٨ ٤٣٩

كتاب الرجوع عن الشهادة باب الوكالة باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء فصل في التوكيل بالسلم
٤٤٠ ٤٤٣ ٤٤٧ ٤٤٧ ٤٥٠

باب في التوكيل بشراء نفس العبد فصل في البيع باب الوكالة بالخصومة والقبض باب عزل الوكيل كتاب الدعوى
٤٥١ ٤٥٢ ٤٥٦ ٤٥٨ ٤٦١

باب اليمين فصل في كيفية اليمين والاستحلاف باب التحالف فصل في اختلاف [illegible] فصل فيمن لا يكون خصما
٤٦٣ ٤٦٥ ٤٦٥ ٤٦٩ ٤٧٠

باب ما يدعيه الرجلان فصل في التنازع بالايدي باب دعوى النسب كتاب الاقرار فصل في مسائل الحمل باب الاستثناء
٤٧١ ٤٧٤ ٤٧٥ ٤٧٨ ٤٨١ ٤٨١

باب اقرار المريض فصل في الاقرار بالنسب كتاب الصلح باب التبرع بالصلح باب الصلح في الدين فصل
٤٨٤ ٤٨٥ ٤٨٦ ٤٩٠ ٤٩١

فصل في الدين المشترك فصل في التخارج كتاب المضاربة باب المضارب فصل في العزل والقسمة فصل
٤٩٢ ٤٩٣ ٤٩٤ ٤٩٨ ٤٩٩

فصل فيما يفعله المضارب فصل في مسائل متفرقة فصل في الاختلاف كتاب الوديعة كتاب العارية
٥٠٠ ٥٠١ ٥٠٢ ٥٠٢ ٥٠٢

كتاب الهبة باب الرجوع في الهبة فصل من هذا الباب فصل في الصدقة كتاب الاجارة باب الاجر متى يستحق
٥٠٧ ٥١١ ٥١٣ ٥١٤ ٥١٤ ٥١٥

فصل من هذا الباب باب ما يجوز في الاجارة باب الاجارة الفاسدة باب ضمان الاجير باب الاجارة على احد الشرطين
٥١٧ ٥١٧ ٥١٩ ٥٢٤ ٥٢٥

باب اجارة العبد باب الاختلاف في الاجارة باب فسخ الاجارة مسائل متفرقة كتاب المكاتب فصل
٥٢٦ ٥٢٧ ٥٢٧ ٥٢٨ ٥٢٩

فصل في الكتابة الفاسدة باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله فصل من هذا الباب فصل من هذا الباب باب
٥٣٠ ٥٣٢ ٥٣٣ ٥٣٤

باب من يكاتب عن العبد باب كتابة العبد باب موت المكاتب وموت المولى وعجز المكاتب كتاب الولاء
٥٣٦ ٥٣٦ ٥٣٨ ٥٤١

فصل في ولاء الموالاة كتاب الاكراه فصل من هذا الكتاب كتاب الحجر باب الحجر للفساد فصل في حد البلوغ
٥٤٣ ٥٤٢ ٥٤٤ ٥٤٧ ٥٤٨ ٥٥٠

باب الحجر بسبب الدين كتاب المأذون فصل من هذا الكتاب فصل في غصب [illegible] كتاب الشفعة باب
٥٥٠ ٥٥١ ٥٥٨ ٥٦٦ ٥٦٧

كتاب الغصب ٥٥٨

١

باب طلب الشفعة والخصومة فيها ٥٦٩
فصل في الاختلاف ٥٧١
فصل فيما يؤخذ به المشفوع ٥٧٢
فصل آخر من هذا الكتاب ٥٧٣
باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب ٥٧٤
باب ما يبطل به الشفعة ٥٧٤
فصل من هذا الكتاب ٥٧٦
مسائل منثورة ٥٧٦
كتاب القسمة
فصل ٥٧٧
فصل فيما يقسم وما لا يقسم ٥٧٨
فصل في كيفية القسمة ٥٧٩
باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها ٥٨٠
فصل في المهايأة ٥٨٠
باب الاوراض ٥٨١
كتاب المزارعة ٥٨٢
كتاب المساقاة ٥٨٥
كتاب الذبائح ٥٨٦
فصل من هذا الكتاب ٥٨٨
كتاب الاضحية ٥٨٩
كتاب الكراهية ٥٩١
فصل آخر من هذا الكتاب ٦٣٠
فصل في الجنين ٦٣٢
باب ما يحدثه الرجل في الطريق ٦٣٣
فصل في الحائط ٦٣٥
باب جناية البهيمة والجناية عليها ٦٣٦
باب جناية المملوك والجناية عليه ٦٣٨
باب ... الجناية على العبد ٦٤٣
فصل في جناية ٦٤٤
باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك ٦٤٥
باب القسامة ٦٤٧
كتاب المعاقل ٦٥٠
كتاب الوصايا باب صفة الوصية ٦٥٢
باب الوصية بثلث المال ٦٥٥
فصل في اعتبار حالة الوصية ٦٦١
باب العتق في المرض ٦٦١
فصل ... وعليه حقوق الله ٦٦٢
باب الوصية للاقارب ٦٦٣
باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة ٦٦٥
باب وصية الذمي ٦٦٦
باب الوصي وما يملكه ٦٦٧
فصل في الشهادة ٦٦٩
كتاب الخنثى ٦٦٩
فصل في احكامه ٦٦٩
مسائل شتى ٦٧١

كتاب الرهن ٦٠٥

[illegible]

لو ادعى ان الدار له وهبها زيد منه او باعها له منه وسلمها اليه واقام بينة تقبل اذا شهدوا بالقبض سواء شهدوا بالملك لزيد اولا وان لم يكن الشهادة على اليد المطلقة شهادة على الملك عند ابي ح ومحمد لان الظاهر كون العقد المقترن بالقبض من المالك او باذنه فصار شهادتهم كالنص على ملك الواهب والبايع ظاهر او قال الاسبيجابي الفتوى على انه لا يقبل لكثرة صدوره من غير المالك في زماننا شرح التلخيص

كل من تصرف في خالص ملكه ان كان يودي الى اضرار الغير ضررا بينا يمنع وقيل لا يمنع مطلقا وعليه الفتوى تاتارخانية وفي الاصل اصاب رجلا في القسمة ساحة والآخر بناء فاراد الاول ان يبني ويرفع فقال الآخر انك تسد على الريح او الشمس فلصاحب الساحة ذلك وفي الصغرى وعليه الفتوى تاتارخانية

شهد المجروح انه ليس ان فلانا لم يجرحه فهو على وجهين ان كان جرحه معروفا عند القاضي والناس لا يلتفت الى الاشهاد والا يعتبر فلو اقام الورثة بينة على جرحه لا تقبل لان القصاص حق الميت ولذا لا يورث منه وهو اكذب الشهود مجمع الفتاوى

شهدا انه جرحه ولم يزل صاحب فراش حتى مات تقضي عليه بالقتل وان لم يشهدا انه مات من جراحته وكذا في سقوط الحائط وان لم يقولا مات من سقوطه مجمع الفتاوى

كل عقد يضيفه الى الموكل فحقوقه يتعلق بموكله الا في الاستقراض فان التوكيل به باطل ولا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسول وان اضاف الوكيل الاستقراض الى الموكل فقال ان فلانا يستقرض منك كذا او اقرض فلانا كذا كان القرض للموكل وان لم يضف اليه يكون القرض للوكيل خانية فلا يخلو عن مخالفة

قال الاسابندي بينة الطواعية اولى من بينة الاكراه لانها تثبت الرضا وبينة الاكراه تنفيه فكانت اكثر اثباتا بخلاف ما اذا شهدا على شرط فاسد في العقد وآخران على عقد بلا شرط فكان اولى وذكر الصدر الشهيد ان القول لمن يدعي الطوع ايضا وهكذا في فتاوى النسفي وسيجيء في المكاتب اذا اختلف العبد والمولى في الصحة والفساد فالقول لمن يدعي الصحة والبينة للآخر لانه يدعي الفساد بشرط زايد وذكر في بعض المواضع ان بينة الاكراه اولى جواهر الفتاوى

قال النووي في تهذيب الاسماء خطاب الشرع قسمان خطاب تكليف بالامر والنهي وهذا النوع فيه النسيان فلا يأثم الناسي بترك المأمور وفعل المنهي عنه لانه لم يبق مكلفا عنده وخطاب اخبار وهو ربط الاحكام بالاسباب وجعل الشيء شرطا فهذا القبيل والنسيان لا يؤثر فيه حتى يجب الضمان على متلف مال الغير ناسيا ويؤاخذ المجنون بالضمانات

قاضي كتب كتابا الى من اصل اليه من القضاة في حادثة ... لا تقبل لان هذا خطاب ... لم ولاية وقت الخطاب جواهر

اربع مسائل لا يقتل فيها المرتد احدها الذي كان اسلامه تبعا لابويه اذا بلغ مرتدا ففي القياس يقتل وفي الاستحسان لا يقتل لان اسلامه لما ثبت تبعا لغيره صار شبهة في اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا الثانية اذا اسلم في صغره ثم بلغ مرتدا ففي القياس يقتل وفي الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة باختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر والثالث اذا ارتد في صغره والرابع المكره على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على راسه ظاهر في عدم الاعتقاد فيكون شبهة في اسقاط القتل وفي كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل الاسلام لا يلزمه شيء ذكره الكل في المحيط والخامسة وهو اللقيط في دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا اجبر على الاسلام ولا يقتل ابن الهمام رحمه الله

قد يقال ... نعم قيد التابع فيما سبق ...

عناية شرح الهداية لاكمل الدين

1914
T.C.
ISTANBUL
Fatih Kütüphanesi

وقال الشيخ الامام علي البزدوي خطا ابو يوسف محمد بن الحسن في روايته عنه عن ابي حنيفه
في الجامع الصغير في ست مسائل احداها هذه والثانيه مستحاضة توضات بعد
طلوع الشمس يصلي حتى يخرج وقت الظهر وقال ابو يوسف انما رويت لك حتى
يدخل وقت الظهر والثالثة المشتري من الغاصب اذا اعتق ثم اجاز المالك
البيع نفذ العتق وقال ابو يوسف انما رويت لك انه لا ينفذ والرابعة المهاجرة
لاعدة عليها وتنكح الا ان يكون حبلى فلا يجوز نكاحها وقال ابو يوسف انما رويت لك
انها تنكح ولكن لا يقربها زوجها حتى يضع حملها والخامسة عبد بين اثنين قتل مولى لهما
عمدا فعفا احدهما بطل الدم كله قال ابو يوسف ومحمد يدفع ربعه الى شريكه او يفديه
بربع الديه وقال ابو يوسف انما حكيت له عن ابي حنيفه كما حكي عنهما وانما الاختلاف الذي
روينه في عبد قتل مولاه عمدا وله ابنان فعفا احدهما الا ان محمدا ذكر الاختلاف فيهما
وذكر قول نفسه مع ابي يوسف في المسئلة الاولى ومع ابي حنيفه في الثانيه والسادسة
رجل مات وترك ابنا وعبدا لا غير فادعى العبد ان الميت كان اعتقه في صحته وادعى
رجل على الميت بالف درهم وقيمة العبد الف فقال الابن صدقتما يسعى العبد في قيمته وهو
حر ياخذها الغريم بدينه وقال ابو يوسف انما رويت لك انه عبد ما دام يسعى
في قيمته قال اعتماد المشايخ على رواية محمد

من الغاية للامام
السروجي

بسم الله الرحمن الرحيم • وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

الحمد لله الذي هدانا بتأييد الهداية • إلى معرفة الهداية • وزعانا بعين العناية في النهاية • عن الجهل والغواية • وجعلنا ممن آمن بما أنزل واتبع الرسل • ووفق للدراية • وخصنا بأهلية الشهادة على الأمم بفضله وكمال الرعاية • أحمده على ما أصلح حاله وأشكره على سوابغ نعمه • وأصلي على من اصطفاه للرسالة • فكان خاتما على وحيه حاميا أمينا • ورحمة بمعرفة أم الكتاب • ممدد الأنوار والأسرار • فكان إماما هاديا مبينا • محمد المبعوث إلى الأسود والأحمر • بالكتاب العربي المنير • وعلى آله وأصحابه القائمين بنصرة الدين القويم والأزهر والصنو المجتهدين من أمته الوارثين لحكمة العزيز الأنور •

يقول العبد الفقير إلى رحمة الغني • محمد بن محمود بن أحمد الحنفي غفر الله له ولوالديه وعاملهم بلطفه الخفي

أما بعد فإن كتاب الهداية لجنه للهداية لاحتوائه على أصول الدراية • والطوائه على متون الرواية • خلصت معادن ألفاظه من خبث الإسهاب • وخلت عقود معانيه عن زيف الإيجاز • وتمويه الإطناب • فمن يتوغل برونقه مركبا من معنى وجيز • منشئ في المناصل عذوبته • وفي الأفكار رقته • وفي العقول لجته • ومع ذلك قد تمنعت خبيئات جواهره في معادنها وأسبلت لطائفه في مكامنها • فكذلك تصدى الإمام • والقرم الهمام جامع الأصول والفروع • معترف بمباني أحكام الشرع • حسام الملة والدين • السغناقي سقاه الله ثراه وجعل الجنة مثواه • لإبراز ذلك والتسرع بما لك منه شرحا وافيا • وبين ما أشكل فيه بيانا شافيا وسماه النهاية لوقوعه في نهاية التحقيق لاشتماله على ما هو الغاية في التدقيق لكن وقع فيه بعض الإطناب لا يحتاج إليه في حل الكتاب • ولكن نقل منه شيء وقت القراءة والدرس على الطلاب • وكان يختلج في قلبي وقت المذاكرة أن أختصر على ما يحتاج إليه على ألفاظ الهداية • وبيان مبانيه وتحصيل معانيه وتطبيق الأدلة على تقرير أحكامه ومعانيه • وكنت أمتنع عن ذلك غاية الامتناع • وأسوقهم من الإعلام مني وذلك وقع وكان امتناعي يزيدهم عزما وتشوقا بين يدي ما لم يزل على هذا المنهاج • حتى أصبحوا ظاهرين بالحاج • فاستخرت الله تعالى وأقدمت على هذا الخطب الخطير وتضرعت بضراعة الطالب إلى العالم بتيسير الخير في استنزال كلامه على الدليل في التحرير والتقرير • وجمعت فيه ومن غيره من الشروح مما ظننت أنه مما يحتاج ومما يكون الاعتماد في دقت مسائل لعليه • وأشرت إلى ما يتم به مقدمات الكتاب دون تحقيقه • في الآلي جهدي في تنقيحه وتهذيبه وأوردت مباحث الظفر عليها في كتاب ولم تصل إليَّ عن أصحابنا برسالة ولا خطاب • بل كان خاطري أغنية ومقتضب حلومرة وسميته الغاية لحصوله بعون الله والعناية • وسألت الله أن ينفع به كما نفع بأصله بأنه أكرم مسؤول وأعز مأمول • ثم إني أروي كتاب الهداية عن شيخي العلامة إمام الهدى معدن التقى فريد عصره • ووحيد دهره قدوة العلماء عمدة الفضلاء • قوام الملة والعصر والدين الكاكي قدس الله روحه • ونور ضريحه • وهو يرويه عن شيخيه العلامتين • الإمامين الهمامين المجتهدين مولانا علاء الدين عبد العزيز صاحب الكشف حسام الدين حسين بن علي صاحب النهاية • برد الله مضجعهما ونور بفضله وكرمه منهجهما • وهما يرويانه عن الشيخ الكبير أستاذ الأئمة البارع الورع التقي أستاذ العلماء مولانا حافظ الدين الكبير • وعن قطب المجتهدين • وقدوة المحققين • وأسوة المتقين مولانا فخر الدين المايمرغي رحمهما الله رحمة واسعة • وهما يرويانه عن أستاذه أئمة الدنيا • مظهر كلمة الله العليا • محمد بن عبد الستار بن محمد الكردري تغمده الله برحمته وهو يرويه عن شيخ شيوخ الإسلام حجة الله على الأنام مرشد أكابر الدهر مالك ريب الليالي والأيام المخصوص بالعناية صاحب الهداية عفا الله عنهم وعن والديهم وعنا وعن والدينا وأثابنا الجنة وختم لنا بالخير أجمعين إنه أرحم الراحمين

قال المصنف رحمه الله الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه اللام في الحمد للجنس ويجوز أن تكون للاستغراق عند أهل السنة وللعهد عند المعتزلة بناء على أن أفعال العباد مخلوقة لله تعالى لا نعالهم فيستحق من محامد ما يقابلها فلا يكون الاستغراق صحيحا لكن الأصح لأن من أهل السنة من جعله للعهد أيضا الذهني وصاحب الكشاف جعله للجنس والحمد هو الوصف بالجميل على جهة التفضيل بقولنا هو الوصف كالجنس وقولنا بالجميل أخرج ما ليس كذلك وقولنا على جهة التفضيل أخرج ما يكون على جهة الاستهزاء والكلام في الجلالة من كونه منقولا أو مرتجلا مشتقا أو غيره علما أو غيره محل ليس هذا موضعها الآن ومعنى قوله الحمد لله ما يعرفه كل أحد من المعنى الذي يطلق عليه هذا اللفظ أو جميع أفراد ذلك ثابت لله بالاختصاص وهو كما ترى يفيد كونه مستحقا لأن يكون محمودا صدر الحمد من حامد أولا والعالم جمع معلم والمراد به أصول الشرع لكونها أعلام العلم الشرعي والأعلام علامة والشعائر جمع شعيرة شريعة وقيل المراد بها ما يؤدى من العبادات على سبيل الاشتهار كالأذان والجمعة وصلاة العيدين والأضحية والشرع أو بمعنى الشريعة يقال شرع محمد عليه الصلاة والسلام كما يقال شريعة محمد وأحكام الشرع هي الحل والحرمة والصحة والفساد وغيرها وتحمل الشعائر على الأسباب والعلل والشروط والعلامات التي تنسب إليها الأحكام ويكون إشارة إلى براعة الاستهلال فإن كتابه هذا مشتمل على الأحكام مبنية بذلك

قال وبعث رسلا وأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين قيل الرسول هو النبي الذي معه كتاب كموسى وعيسى عليهما السلام والنبي هو الذي ينبئ عن الله وإن لم يكن معه كتاب كيوشع عليه السلام وهو الأصح

وقوله هادين أي مبينين طريق الصواب واعترض على المصنف لكونه ترك ذكر محمد عليه الصلاة والسلام لكن جمعه تعظيما وأجلالا للعذر وهو يحتمل

وقوله داعين كقوله هادين في كونه صفة مادحة

وقوله بسلكون فيخرجون يكون صفة لعلماء وأن يكون حالا لإضافته إليها والمكي الموصوفة بجار أن يقع عنه الحال متاخرا وإن يكون استثنافا كأن قائلا قال كيف نفوسهم الحسنى سنتهم فقال لا يكلونه فيما لم يؤثر عنهم أي لم يوجد عنهم إلى ما يؤدي مرويه فسلكت الجنة وفيه بيان أنهم لا يخرجون عما يؤثر عنهم إذا وجد وهم لأنهم متبعون على الدوام لأنهم إذا وجد وأما ما يؤثر عنهم عملوا به وما يتبعونهم فيه وإن لم يجدوه اتبعوهم في طريقهم إذا لم يوجد النص وهو الاجتهاد وهو استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل الظن بحكم شرعي وقد قررنا شرطه وحكمه في التقرير

وقوله مسترشدين حال من ضمير يسلكونه وإذا بأوائل المستنبطين أبا حنيفة رحمهم الله بدليل قوله حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق بالعشر الذين تولوا تمهيدها وتعداد المسائل الشرعية وتبيينها والمراد بالجلي المسائل القياسية لظهور إدراكها وبالدقيق المسائل الاستحسانية لخفاء إدراكها قيل إن ما وضعه أصحابنا من المسائل الفقهية هي ألف ألف ومائة ألف وبضعون ألف مسألة

وقوله غير أن الحوادث منصوب على الاستثناء من قوله حتى وضعوا وهو جواب عما يقال إذا كان أوائل المستنبطين وضعوا مسائل من كل جلي وخفي ودقيق فأي حاجة بقيت إلى الاستنباط والتصنيف بعدهم وتقريره أن الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل أي الواقعات تضيق عنها نطاق الموضوع والنطاق هي المنطقة واستعير هنا الأجوبة المنقولة عن السلف في الفتاوى والاقتناص الاصطياد والشوارد جمع شاردة وهي الأوابد والنفس شعلة من رونق ألفت منه نارا واقتبست منه على أي استعدته والمراد ومنع المزيد انتفاء الشوارد للأحكام المستخرجة من الأصول الجامع سبل الوصول إلى المقصود واستعار الموارد للأصول باعتبار أنها محل الوصول بعني كما أن اصطياد الصنوف النادرة من مواردها ومناهلها فكذا اصطياد الحوادث الفقهية من الأصول أي الكتاب والسنة والإجماع بالاعتبار وبحث إليه الاعتبار ليس صنعة كل أحد بل من صنعة الرجال الكاملين في الرجولة

وقوله والوقوف على المآخذ بأن تقولوا لا اعتبار بالأمثال

وقوله بعض عليها حال من الضمير في الخبر حقيقة ومعناه وقاس صحة

الاحكام علي نظايرها انما هو من صنعة الكمل من الرجال وهو بالوقوف علي الماخذ حال كونها يعني علماً بالمواضع يعني ذا كان الوقوف باحكام واتقان ثم قوله عزاه للحوادث الخ اعتذار عن الشروع في التصنيف وقوله ولا اعتبار بالامثال ان يكون ذلك هضماً لنفسه عن رتبة التصنيف كان معناه ولا اعتبار بالامثال من صنعة الرجال الحكم المتقن علي الماخذ ولست منهم ولا حصل لي ذلك لكن تجري علي الوعد في مبتدأ بداية المبتدي ان اشرحها شرحاً ارسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه حال كون الوعد يسوغ بعض المسائل لئلا اكون ممن اذا وعد اخلف وان قال بعض المشايخ لان الوعد لا يسوغ غير موجب وانما هو مجوز رخصنا والى هذا المعنى اعني كونه هضماً للنفس ذهب صاحب النهاية وتاج الشريعة رحمهما الله وان كان ذكر لبيان صلاحيته لذلك كان معناه وانا منهم هم رجال ونحن رجال وحصل الوقوف لنا علي الماخذ كما تعالى انتم حصل لهم فجاز لنا الاعتبار انه ولكن الا انه تجري علي الوعد وهو ما يسوغ بعض المسائل يعني هنيئاً عن صلاحية الوعد للاتيان بالموعود فكيف مع الصلاحية والي هذا ذهب بعض الشارحين لكن لا يعلي هذا الوجه الذي ذكرته من الغباوة وقوله وحين اكاد اتكي عنه اوان الفراغ قيل هو الانتظار يعني ان كانت تعديته بعلي لتضمين معنى الفراغ وهو مردود بان معناه حينئذ يكون وحين اكاد افرغ عنه فلا يغ الفراغ وهو تركيب فاسد والصحيح ان عنه صلة الفراغ ذكره في دعاية المنح وقوله تبينت لي علمت والبذ الشي القليل وقوله وصرفت العنان والعنان يقال يعني عنان الخاطر وعنانه القلب ويقال المرأ والعنان الظاهر والعناية الباطن وقوله راجع يجوز ان يكون حالاً لا من ضمير صرفت ويجوز ان يكون صفة شرح وعيون الرواية هي التي اختارها العلماء من الشيخان ومتون الرواية المعاني والمحكمة المنتنة وقوله في كل باب يعني من الرواية والدراية وقوله عن هذا النوع اشارة الي الذي وقع في كفاية المنتهي وخاف ان يهجر لاجله الكتاب والاسهاب هو الاطناب وهو التكلم بالزيادة متعارف الاوساط وقوله مع ما انه دفع لما يتوهم انه لما وقع موجزاً عن الاصول والفصول فكان اولي بالهجر من الاول لاختلال النسق كذلك بل هو مع كونه خالياً عن الاطناب مشتمل علي اصول يسحب عليها فصول وهو كما كان يجزيه الله عن الطلبة خيراً يطلع علي ذلك من خدم كتابه حق خدمته مما ظهر من ذلك قوله في فساد البيع بالشرط كل شرط يخالف مقتضي العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يقطعها نفسد البيع فانه في كل فقد احترازاً عما يضاده ويجعلها بوافقه وقوله لاتمامها واختلافها الضمير للهداية وفي بعض النسخ بلفظ التثنية فيهما والضمير للشرحين وقوله حتى ان من سمت متصل بما ركنا الروايد ليكم فيه قد تتبعت بمعنى علمت والمزيد مصدر بمعنى الزيادة ومن العجلة في الوقت بمعنى عجلة اي اسبقه واسناده الي الوقت مجاز عقلي كصيام النهار والشعر لابي فراس ابن ورقة

وقفت علي ربع العامرية لاشتفي	لما بي علي الشوق والدمع كاتب
ومن عادتي حب الديار لاهلها	وللناس فيما يعشقون مذاهب

والفن خيركل اي هذا الفن وهو علم الفقه كاخرفان شئت فارغب في الاقصر والاخصر حفظاً وتحصيلاً وان شئت في الاطول والاكثر كشفاً وتاصيلاً وقيل معناه جنس العلم حسن فارغب في اي نوع شئت وهو كلام صحيح لكن لا نعرف له وجهاً بالمجموع الثاني هو الهداية وكانه بعد نفذ صرف العنان والعناية لم يشرع فيه حتى ساله اخوانه الاملاء وعليهم فانتهي مستعيناً بالله في تحرير ما في تقرير ما يتلوه وتلخيصه وفي لفظ المفاعلة من كد من اولاه ومقاساته في القول وما ذكرنا الي ما زدته وما

فلان

فلان يجد بركذا اي حقيق به وكان صاحب الهداية بقي في تصنيف الكتاب ثلاث عشرة سنة وكان صائماً في تلك المدة لا يفطر اصلاً وكان يجتهد ان لا يطلع احد علي صومه فاذا اتي خادم بطعام كان يقول له خله وبرح فكان يطعمه احد الطلبة او غيرهم فكان ببركة زهده وورعه كتابه مقبولاً بين العلماء

كتاب الطهارات

الكتاب والكتابة في اللغة جمع الحروف والكتاب في عرف الفقهاء ما يجمع مسائل مستقلة من المسائل الفقهية المراد عن غيرها وقوله مستقلة اي مع قطع النظر عن تبعيتها للغير او بتبعية الغير اياها ليدخل فيه هذا الكتاب لانه تابع للصلوة ويدخل كتاب الصلاة فانها مستتبع للطهارة وقد اعتبر المستقلين اما كتاب الطهارة فلكونه المفتاح واما كتاب الصلاة فلكونه المقصود الاصلي وظهر من هذا ان اعتبار الاستقلال قد يكون لانقطاعه من غيره كما كتاب اللقطة من كتاب الآبق وكتاب المفقود لانقطاعهما عن الصلاة والزكاة وقد يكون لمعنى يدرك ذلك كانقطاع الصرف عن البيع والرضاع عن النكاح والطهارة عن الصلاة كما ذكرنا وقوله شملت انواعاً والانواع يشتمل الاشخاص وقوله تحت الكتاب اسم الجنس لما تحته انواع من الحكم وكل نوع يسمي بالباب والباب اسم النوع يشتمل علي اشخاص تسمي فصولاً فان الكتاب قد لا يكون كذلك وقد يكون فان من الكتب ما لم يذكر فيه الابواب ولا فصول ككتاب اللقطة والآبق وغيرها علي ما سياتي فلو لم يذكر ذلك لربما توهم ذلك فوكز من يجمعها الطهارات والطهارة في اللغة ظاهر وفي الاصطلاح عبارة عن صفة تحصل المزيل للحدث او الخبث عما تعلق به الصلاة والمراد اعم من ان يكون طبعاً او شرعاً وجمعها لاستيعابها انواعه الجمع فلا يفسره الحد وقوله عما تعلق به الصلاة ليتناول المكان فان الطهارة شرط علي ما سياتي وذكرها استيعاب الجمع المزيل شرط وجوبها الحدث او الخبث وسببها وجوب الصلاة لا وجودها لان وجودها مشروط بها فيكون متاخراً عنها والمتاخر لا يكون سبباً للمتقدم وحكمها اباحة الصلاة وانما جمعها لمن قامت به وانما جمع الطهارات نظراً الي انواعها لا بشكل الصلاة والزكاة لان الاتيان بالجمع في مثله احد الجائزين فلا يرد تركه نقضاً وخص الطهارة بذلك لان انواعها اكثر بالتنبيه عليها لتين فيها من حيث الحقيقة والحكم والخفة والغلظ بخلاف انواع الصلاة الفرض والواجب والسنة فيها تعدد الاعمال علي كل عبادة قال رحمه الله قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الي الصلاة تبركاً للمصنف بتقديم الاية الدالة علي فرضية الوضوء علي حكمها وان كان القاعدة في الدعاوي تقديم المدعي ومعني قوله اذا قمتم اذا اردتم القيام من باب ذكر المسبب وارادة السبب الخاص فان الفعل الاختياري لا يوجد بدون الارادة وذلك مجاز شائع كما عرف في موضعه وليس في هذا الموضع التفات كما توهمه بعض الشارحين وظاهر الاية يقتضي الي وجوب الوضوء علي كل قائم الي الصلاة وهو مذهب اهل الظاهر محدثاً كان او غيره والجمهور علي خلافه قالوا معناه اذا قمتم الي الصلاة وانتم محدثون لئلا يلزم تفويت المقصود باشتغال بعدمه فانه لو كان الامر كما ذكروا لكان من جلس يتوضأ لزمه ان قام الي الصلاة وضوء آخر وفي ذلك تفويت الصلاة بالاشتغال بالوضوء ولان الحدث شرط وجوب الوضوء بدلالة النص فانه ذكر التيمم في قوله وان كنتم مرضي او علي سفر او جاء احد منكم من الغائط الي قوله فتيمموا صعيداً طيباً معرفاً بذكر الحدث وهو بدل عن الوضوء والنص في البدل نص في الاصل واما الغرض قوله

وانتم محدثون كراهة ان يفتتح اية الطهارة بذكر الحدث هكذا في المغني ولم ينقل هكذا في الضابس الفارض
الى التقوى بعد الضلال كراهة ان يفتتح الى الزهر ادون بذكر الضلال **فاعترض** على الاول بان
الجلوس في الوضوء ليس بواجب فلا يتم ما ذكرتم وعلى الثاني بان الاية بعبارتها تدل على وجوب الوضوء
على كل قائم واية التيمم تدل بدلالتها على وجوبه على المحدثين والعبارة قاضية على الدلالة كما عرف
والجواب عن الاول سلمنا ان الجلوس في الوضوء غير ليس بواجب ولكن خلاف ما ذكرنا يفضي الى وجوب
القيام للوضوء كما مر لان اداء الصلاة لا يتحقق اذ ذاك الا اذا توضأ قائما وذلك باطل بالاجماع وما يفضي
الى الباطل باطل واذا ثبت هذا ظهر ان الاية غير مجرى على ظاهرها فلا يقضي عبارتها الوضوء على كل قائم فبطل الدلالة عن
المعارضة ويسقط السؤال الثاني **فاعترض** بان الاستدلال بالدلالة فاسد لانها تدل على اشتراط
وجوب التيمم بوجود الحدث والتيمم بدل فيجوز ان يخالف البدل الاصل في الشرط فانه خالفه في اشتراط
النية وهي شرط الاصالة **والجواب** ان كلامنا في مخالفة البدل الاصل في شرط السبب فان ارادة القيام الى
الصلاة بشرط الحدث سبب لوجوب التيمم والبدل لا يخالف الاصل في سببه وما ذكرتم ليس بشرط السبب
فان ارادة القيام الى الصلاة بشرط نية التيمم ليست بسبب وانما النية شرط صحة التيمم لا شرط
سببه **قال** ففرض الطهارة الف للتعقيب دخلت على الحكم بعد ذكر الدليل والفرض بمعنى المفروض
والمراد بالطهارة الوضوء والاضافة للبيان وانما فسر الغسل والمسح مع ظهور معناهما اشارة
الى دفع ما يذهب اليه البعض من تكرار مسح الرأس على ما سيجيء والى ان البلل الباقي لا يكفي للغسل لانه لا
يسقط الفرض كما روي عن ابي يوسف وغياث الشعر منتهاه وغايته في الرأس وفي القفا ثلاث
لغات والفتح اعلاها **قوله** وهو مشتق منها **اعترض** عليه بان الثلاثي لا يكون مشتقا من
المنشعب وليس بشيء لان ذلك في الاشتقاق الصغير واما في الاشتقاق الكبير وهو ان يكون بين كلمتين
تناسب في اللفظ والمعنى فهو جائز والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا وقال زفر لا يدخل
لان الغاية لا يدخل تحت المغيا كالليل في الصوم وهذا الذي ذكره المصنف لزفر يخالف ما ذكر له في شرح الاصول
فان المذكور له فيها تعارض الاشتباه وهو ان من الغايات ما يدخل كقوله قرأت القرآن من اوله الى
اخره ومنها ما لا يدخل كقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى
الليل وما نحن فيه من الغاية اعني المرافق يشبه كلا منهما فلا يدخل بالشك وتنا ديك كلام المصنف
(ونحن الغاية اي الليل لو لم يدخل لتعارض الاشتباه كما لو دخل في قوله الى الليل ولنا ان هذه الغاية
لاسقاط ما وراءها بغير ان الغاية نوعان نوع يكون لاسقاط ما وراءها يعني ان الغاية على نوعين
نوع يكون لمد الحكم ونوع يكون لاسقاط ما وراءها والفاصل بينهما حال صدر الكلام فان كان متناولا لما
وراءها كانت للثاني والا كانت للاول وما نحن فيه من الثاني لان ذكر الايدي يتناول الاباط بدليل الصحابة
رضي الله تعالى عنهم وهم اهل اللسان فهموا ذلك من اية التيمم فتيمموا الى الاباط فلما ذكر الصوم فانه
يتناول الامساك ساعة فكانت الغاية لمد الحكم اليها فيبقى الليل خارجا والكعب هو العظم الناتئ اي المرتفع
والنشوز الارتفاع **قوله** هو الصحيح احترازا عما رواه هشام عن محمد انه قال هو المفصل الذي في وسط القدم
عند معقد الشراك قال الاديب الكعب اسم للمفصل ومنه كعوب الرمح والذي في وسط القدم مفصل وهو
المتعلق به وهذا صحيح في المحرم اذا لم يجد نعلين فانه يقطع خفيه اسفل من الكعبين فاما في الطهارة
فلا شك انه العظم الناتئ المتصل بعظم الساق ومنه الكاعب وهي الجارية التي بدا ثديها النهود
قوله والمفروض في مسح الرأس مقدار الناصية وهو ربع الرأس كما تبين
بقوله اي التحقق من ايجاب نكاة واستدل على ذلك بقوله لما روى المغيرة بن شعبة ان النبي صلى الله عليه

وسلم اتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه ولم يقتصر على ايراد الحديث بقوله
ومسح على ناصيته مع حصول المقصود به لان نقل الحديث بما يتلوه من الحكاية يوجب صحته وكان
فيكون حديث واحد وقيل جمع فيه بين حديثين فان الحديث الذي ذكر فيه السباطة لم يذكر
فيه المسح على الناصية وذكر المسح على الناصية لم يذكر فيه السباطة والكناسة مما ذكر اهل الحديث **قوله**
والكتاب مجمل فالتحق بيانا به جواب عما يقال الحديث المغيرة خبر واحد لا يزاد به على الكتاب **ووجهه**
انه ليس من باب الزيادة على الكتاب بل الكتاب مجمل فالتحق الخبر بيانا له ويجوز ان يقع خبر الواحد
بيانا لمجمل الكتاب وفيه بحث وهو انا لا نسلم ان الكتاب مجمل لان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان
من المجمل والعمل بهذا النص يمكن بحمله على الاقل لتيقنه سلمنا انه مجمل والخبر بيان له ولكن الدليل
اخص من المدلول لان المدلول مقدار الناصية وهو مقدر بربع الرأس والدليل يدل على تعيين
الناصية ومثله لا يفيد المطلوب سلمناه ولكن لا نسلم ان مقدار الناصية فرض لان الفرض
ما ثبت بدليل قطعي وخبر الواحد لا يفيد القطع سلمنا ولكن لا ندعه وهو تكفير الجاحد متنف في
المذكور **فالجواب** انا لا نسلم ان العمل به قبل البيان ممكن قوله نحمله على الاقل من شعرة ونحوها
عليها وما لا يمكن الفرض الا به فهو فرض والزيادة غير معلوم فيتحقق الاجمال في المقدار والبيان
انما يكون لما فيه الاجمال فكانت الناصية بيانا للمقدار لا للمحل المسمى ناصية اذ لا اجمال في المحل فكان
من قبيل ذكر الخاص وارادة العام وهو مجاز شائع يكاد يلتحق بالحقيقة في العموم والاصل ان خبر الواحد
اذا التحق بيانا للمجمل كان الحكم بعده مضافا الى المجمل لا الى البيان والمجمل من الكتاب والكتاب دليل قطعي ولا نسلم
انتفاء اللازم لان الجاحد انما لا يكفر لا لعدم وجود الدليل القطعي بل لاشتباه فان الدليل القطعي وان ثبت شبهة
قوية ودرء الشبهة تمنع التكفير من الجانبين الا ترى ان اهل البدع لم يكفروا وانما منعوا عما دل عليه
الدليل القطعي في نظر اهل السنة كما في قولهم واذا ثبت ما ذكرنا كان حجة على الشافعي في التقدير
بثلاث شعرات وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب **قوله** وفي بعض الروايات قدره بعض
اصحابنا بثلاث اصابع لانها اكثر ما هو الاصل في آلة المسح قيل هو ظاهر الرواية الا ان المذكورة
في الاصل فكان ينبغي ان يقول على ظاهر الرواية وعلى هذا الرواية لو وضع الاصابع ولم يمدها جاز
بخلاف الاولى **قوله** وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ من نومه تعفى الوضوء
يعني سننه والسنة هي الطريقة المسلوكة وحكمها ان يثاب على الفعل ويستحق الملامة بالترك
لا غير وفي سنن الطهارة اي الوضوء والاضافة للبيان وانما جمع دون الفرض لان الفرض في الاصل
مصدر فريعني ذلك واستغنى عن الجمع بخلاف السنة وذكر الاناء لوقوع على عادتهم لانهم كانوا يتوضؤن
من الاتوار وطريق غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء ان ياخذ الاناء بشماله ان كان صغيرا ويصب على
يمينه فيغسلها ثلاثا وان كان كبيرا لا يمكنه رفعه ياخذ عنه الماء باناء اخر صغير ان كان معه ويصبه
بشماله على يمينه والا يدخل اصابع يده اليسرى مضمومة دون الكف ويصب على يمينه فيغسلها
ثلاثا ثم يدخل يده اليمنى **قوله** اذا استيقظ المتوضي نقل عن شمس الائمة الكردري انه شرط
حتى انه اذا لم يستيقظ لا يسن غسلها وقيل هو شرط اتفاقي خص المصنف غسلها بالمستيقظ تبركا
بلفظ الحديث والسنة تشمل المستيقظ وغيره وعليه الاكثرون **ووجه** التمسك بالحديث ان
الوضوء واجب وقد لا يتوصل اليه الا بالغمس والغمس حرام حتى يغسل اليد ثلاثا فيكون الغسل
واجبا لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وقد لا يتوصل لكن تركنا الوجوب في الغسل الى السنة لانه
صلى الله عليه وسلم علل بتوهم النجاسة وتوهمها لا يوجب التنجس الموجب للغسل فكان دليلا على الرجحان

والاحتياط **قوله** ولان البداءة بالتطهير بيان ما ابتغاء على ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لكنه
تركه لان طهارة العضو حقيقة وحكما يدل على عدم الوجوب والرسغ منتهى الكف عند المفصل
قوله وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء قال الطحاوي بسم الله العظيم والحمد لله على الاسلام
هو المنقول عن السلف وقيل انه مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم واستدل بقوله صلى الله عليه
وسلم لا وضوء لمن لم يسم **ووجهه** ان النفي للجنس فحقيقة يقتضي ان لا يكون وضوء الا بالتسمية
واليه ذهب اصحاب الظواهر واحمد وجعل التسمية من شروط الوضوء لكنا قلنا المراد به نفي الفضيلة
لئلا يلزم نسخ آية الوضوء به **فان قيل** فحينئذ كان كقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب
وهو افاد الوجوب **اجيب** بان خبر الفاتحة مشهور دون هذا والحكم يثبت بقدر دليله وليس كذلك
ولان النبي صلى الله عليه وسلم واظب على الفاتحة في الصلاة من غير تركه دون التسمية فانه روي ان اعرابيا
سلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يرد عليه حتى فرغ من وضوئه فقال عليه السلام انه
لم يمنعني ان ارد عليك الا اني كرهت ان اذكر الله على غير طهارة وربما تمسك به مالك وانكر التسمية
في اول الوضوء فقال اتريد ان تذبح اشارة الى التسمية في الذبيحة دون الوضوء وذلك كما ترى يدل على انه
صلى الله عليه وسلم توضأ قبل ان يذكر الله تعالى وكونها سنة مختار الطحاوي والقدوري والاصح
ان التسمية مستحبة وان سماها في الكتاب يعني القدوري سنة لما ذكرنا ان النبي صلى الله عليه
وسلم لم يواظب عليها روي ان عثمان وعليا رضي الله تعالى عنهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه
وسلم ولم ينقل عنهما التسمية وما روي انه صلى الله عليه وسلم سمى فهو من باب قوله صلى الله عليه وسلم كل امر
ذي بال لم يبدأ باسم الله فهو ابتر ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح دون ما قيل يسمي قبل الاستنجاء
لا انه يحصل سنن الوضوء ويسمي قبله ليقع جميع افعال الوضوء فرضها وسننها بالتسمية وما قيل يسمي بعد
الاستنجاء لانه قبله حال كشف العورة وذكر الله حال كشف العورة غير مستحب وانما كان ذلك هو
الصحيح لان قوله صلى الله عليه وسلم كل امر ذي بال لم يبدأ بذكر الله يستدعي التسمية في ابتداء الوضوء والاستنجاء
لما كان ملحقا به من حيث … استحبابها … **قوله** والسواك اي استعماله حذف المضاف
لامن الالتباس والسواك اسم للخشبة المعينة للاستياك وينبغي ان يكون من الاشجار المرة لانه يطيب النكهة ويشد
الاسنان ويقوي المعدة ويكون في غلظ الخنصر وطول الشبر ويستاك عرضا لا طولا عند المضمضة
لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يواظب عليه وعند فقده كان يعالج بالاصبع والمواظبة مع الترك دليل
السنية وبدونه دليل الوجوب وقد دل على تركه حديث الاعرابي فانه لم ينقل فيه تعليم السواك فلو
كان واجبا لعلمه فيستدل بترك التعليم على تركه دفعا للتعارض فان عدم الترك دليل على الوجوب وترك
التعليم على عدمه فكان تاركا **قوله** والمضمضة والاستنشاق لان النبي صلى الله عليه وسلم فعلهما على
المواظبة يعني مع الترك والدليل حديث الاعرابي على السند الذي ذكرناه ومما روي عن عائشة رضي الله
تعالى عنها انها حكت وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم تذكر المضمضة والاستنشاق وانما تعرض
لكيفيتهما نفيا لقول الشافعي فان عنده الافضل ان يتمضمض ويستنشق بكف بماء واحد لما روي انه
صلى الله عليه وسلم فعل كذلك ولنا ان الفم والانف عضوان منفردان فلا يجمع بينهما بماء واحد
كسائر الاعضاء وتأويل ما روي انه صلى الله عليه وسلم لم يستعن باليدين كما في غسل الوجه بل
استعمل الكف الواحد **قوله** ومسح الاذنين وهو سنة بماء الرأس لا بماء جديد خلافا للشافعي فانه
يقول هو سنة بماء جديد قال في النهاية انتصاب خلافا يجوز ان يكون على المفعول المطلق باضمار فعله اي
قولنا هذا يخالف خلاف الشافعي او هذا المذكور في المعنى يخالف فكان مصدرا مؤكدا لمضمون الجملة

كقوله

كقوله لله علي الف درهم اعترافا … فان الشافعي رحمه الله بما روى ابو امامة الباهلي رحمه الله ان النبي
صلى الله عليه وسلم اخذ لاذنيه ماء جديدا ولنا ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله
عليه وسلم مسح برأسه واذنيه بماء واحد وقال الاذنان من الرأس ووجه التمسك ان المراد بقوله
الاذنان من الرأس اما ان يكون بيانا للحقيقة وهو عليه السلام غير مبعوث لذلك على انه مما لا يحتاج
الى بيانه او بيان انهما ممسوحان كالرأس … بماء الرأس ولا سبيل اليه لان الاشتراك بين الشيئين في
امر لا يوجب كون احدهما من الآخر كالرجل من الوجه لاشتراكهما في المسح واما بيان انهما ممسوحان بماء
الرأس وذلك بيان لنا … مسح الاذنين بماء واحد فاذا كان من ابعاض الرأس حكما وحقيقة
جاز ان يمسح بماء واحد … الشرع بذلك **فان قيل** نعلق هذا ينبغي ان يجزي مسحهما عن
مسح الرأس **اجيب** بان كونهما من الرأس ثبت بخبر الواحد فلا يتعدى عما ثبت بالكتاب فلا
يجزي عنه ما ثبت بخبر الواحد لئلا يلزم نسخ الكتاب به **قوله** وتخليل اللحية لان النبي صلى الله عليه
وسلم امره جبريل عليه السلام بذلك قال عليه السلام … نزل جبريل عليه السلام
وامرني ان اخلل لحيتي اذا توضأت **ووجه** التمسك ان الامر للوجوب الا انا تركناه
لئلا يلزم نسخ الكتاب وفيه نظر لانه انما يلزم ذلك ان لو افاد الفرضية ولم يقل به احد واما اذا
افاد الوجوب فلا مانع عنه كخبر الفاتحة والحق ان الوجوب يثبت بالمواظبة من غير تركه ولم
يثبت ذلك كانه روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال ما روي انه صلى الله عليه وسلم …
… يخلل لحيته … ثبت ان اصحابه … ينسب الى البدعة وهو
المنقول عن محمد رحمه الله كما ذكر في الكتاب **قوله** لان السنة يعني في الوضوء اكمال الفرض في
محله والداخل … اللحية ليس بمحل الفرض لعدم وجوب ايصال الماء اليه بالاتفاق
فاعترض بان المضمضة والاستنشاق سنتان وداخل الفم ليس بمحل الفرض في الوضوء ولهذا …
بان الفم والانف من وجه … الخارج من وجه والوجه محل الفرض … بعد الوجوب …
كان مقرونا بالوعيد لان حديث الاعرابي والاخبار التي حكي فيها وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم
من غير ذكر التخليل فيها يصرفه عن افادة الوجوب والوعيد مصروف الى ما اذا لم يصل الماء الى الاصابع
وقوله لان النبي صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة اي غسل كل عضو مرة والمراد بالتعدي الحدود
ورتبه على الزيادة والنقصان وعندنا ليس على ظاهره فلا بد من تأويل وهو من زاد على اعضاء
الوضوء او نقص عنها او زاد على الحد المحدود او نقص منه او زاد على الثلث معتقدا ان كمال السنة
لا يحصل بالثلث فهو ثلاثة اوجه **قوله** فقد تعدى يرجع الى الزيادة لانه مجاوزة عن الحد
قوله والوعيد لعدم رؤيته سنة اشارة الى اختيار التأويل الثالث يعني انه اذا زاد لطمأنينة
القلب عند الشك او بنية وضوء آخر فلا بأس لان الوضوء على الوضوء نور على نور وقد امر بترك ما يريبه
الى ما لا يريبه **قوله** ويستحب للمتوضئ ان ينوي الطهارة قيل المستحب ما يثاب على فعله
ولا يلام على تركه والظاهر ان الاول اختيار القدوري والثاني اختيار المصنف وتفسير النية في
الوضوء هو ان ينوي ازالة الحدث او اقامة الصلاة وهي فرض عند الشافعي رحمه الله لانها عبادة
اذ العبادة فعل يأتي به المكلف على خلاف هوى نفسه تعظيما لامر ربه والوضوء بهذه المثابة وكل ما هو
عبادة لا يصح بدون النية لقوله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين والاخلاص لا يحصل الا بالنية
وقد جعله حالا للعابدين والاحوال شروط فتكون كل عبادة مشروطة بالنية وقاسه على التيمم كونهما
طهارتين للصلاة **ولنا** القول بموجب العلة يعني سلمنا ان الوضوء لا يقع عبادة الا بالنية لكن ليس

كلامنا في ذلك وانما هو في ان استعمال الماء المطهر في اعضاء الوضوء هل يوجب الطهارة بدون النية
حتى يكون مفتاحا للصلاة او لا مدخل لكونه عبادة في ذلك ونعتقد ذلك بدونها لان اعضاء الوضوء
محكوم بنجاستها في حق الصلاة ضرورة الامر بتطهيرها والماء طهور بطبعه فاذا لاقى المحل النجس طهره
قصد المستعمل ذلك او لا كالثوب النجس وكما في حق الاوراث فخلاف التيمم فان التراب بعمل بطهر فيحتاج
الى النية **اجيب** بانه مسح الرأس ملحق بالغسل لقيامه مقامه ذكره في المبسوط والنهاية في قوله
او هو يبحث من العضد لغة والعضد الذي هو النية انما هو قصد خاص وهو قصد الصلاة وللاعم لا دلالة
له على الاخص لان الاول هو المدلول اللفظي والثاني فعل القلب ولا دلالة لاحدهما على الآخر **وقوله** ويستوعب
رأسه بالمسح اي يستحب ان يستوعب على ما اختاره القدوري **وقوله** وهو سنة بنفي على اختياره
وصفة الاستيعاب ان يبل يديه ويضع بطون ثلاث اصابع من كل كف على مقدم الرأس ثم يجرها الى القفا ثم
يمسح رقبته بظاهر اليدين حتى يصير ماسحا بكل بدنه مستعملا هكذا روت عائشة رضي الله عنها في مسح
رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشافعي في عن السنة التثليث بمياه مختلفة لانه ركن في الوضوء
فكان التثليث فيه سنة كغسل اليدين والرجلين **ولنا** ان انسا رضي الله عنه توضأ ثلاثا ثلاثا ومسح
رأسه مرة واحدة **وقال** هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد روي عن عثمان وعلي وابن
عباس والبراء بن عازب والباهلي مثل ذلك قال الترمذي والعمل عليه عند اكثر اهل العلم من اصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم فغسلا ثلاثا ثلاثا ومسح ثلاثا ثلاثا قلنا المشهور عنهما ما رويناه ولا في المصنف والذي
يروى فيه من التثليث يريد به ذلك يعني على تقدير ثبوته محمول على ما يعني على التثليث بماء واحد فهو مشروع
على ما روى الحسن البصري عن ابي حنيفة رحمه الله ذكره في المجرد عن ابي حنيفة انه اذا مسح ثلاثا بماء
واحد كان مسنونا قيل فيه ان البلل صار مستعملا بالمرة الاولى فكيف يمسح ثانيا وثالثا **اجيب** بانه لا يأخذ حكم
الاستعمال لاقامة فرض آخر لا لاقامة السنة لانها تبع للفرض الا ترى ان الاستيعاب يسن بماء واحد **وقوله**
ولان المفروض هو المسح دليل آخر وتقريره المفروض هو المسح والمسح يصير بالتكرار غسلا فالتكرار يخرجه عن الفصل
وهو خلاف الكتاب والسنة والاجماع فلا يكون التكرار مسنونا لان السنة في الوضوء اكمال الفرض في محله لا نقله
من كونه مسحا الى كونه غسلا **وقوله** فصار كمسح الخف تقريره مسح الرأس في الوضوء وكلاهما هو مسح في
الوضوء لا يسن تثليثه كمسح الخف **قوله** بخلاف الغسل يتصل بقوله وبالتكرار يصير غسلا ومعناه ان
المسح يفسده التكرار بخلاف الغسل فانه لا يفسده فكان قياس الشافعي المسح على الغسل فاسدا **قوله**
ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره ويرتب معطوف على قوله ويستوعب والكلام في كونه مستحبا او
سنة كما تقدم **قوله** فيبدأ بيان الترتيب قال الشافعي رحمه الله الترتيب في الوضوء فرض لقوله تعالى
فاغسلوا وجوهكم وايديكم الآية **ووجهه** ان الفاء للتعقيب والتعقيب يدل على الترتيب
فيفيد ترتيب غسل الوجه على القيام الى الصلاة واذا ثبت الترتيب فيه ثبت في غيره لانه معطوف على الترتيب
اذ لا قائل بالفصل ولنا ان المذكور في الآية حرف الواو ويعني بعد الفاء والواو لمطلق الجمع باجماع اهل
اللغة والفاء دخل على جملة الجملة التي لا ترتيب فيها فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء من غير ترتيب
وتحقيقه سلمنا ان الفاء للتعقيب لكن يقتضي تعقيب ما بعدها لما قبلها وما بعدها غسل جملة عن مرتبة فيفيد
تعقيبها القيام الى الصلاة ونحن نقول به لكن ليس الكلام فيه وانما الكلام في ترتيب الاعضاء والداخل فيها
الواو وهو لا يفيد الترتيب **فان قيل** كيف ادعى المصنف رحمه الله اجماع اهل اللغة وفيهم من يقول
انه يفيد الترتيب ومنهم من يقول يفيد القران **اجيب** بان ابا علي الفارسي ذكر ان النحاة اجمعوا على
ان الواو للجمع المطلق وذكره سيبويه في سبعة عشر موضعا في كتابه واعتمد المصنف على ذلك وبان خلاف

التكليل لا يمنع الاجماع اللغوي **وقوله** والبداية بالميامن التي هي فضيلة اي مستحبة والميامن جمع ميمنة
خلاف الميسرة وذكر في المغرب ان البداية بالياء عامية والصواب بداءة وقوله صلى الله عليه وسلم ان الله يحب
التيامن في كل شيء حتى التنعل اي لبس النعل والترجل تسريح شعر الرأس والله سبحانه اعلم

فصل في نواقض الوضوء

لما فرغ من بيان الوضوء فرضه وسننه ومستحبه بدأ بما ينافيه من العوارض اذ العوارض انما
يكون بعد تحقق المعروض ويعرف الفصل بانه طائفة من المسائل الفقهية تغيرت احكامها بالنسبة
الى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والنواقض جمع ناقضة والنقض متى اضيف الى الاجسام يراد به
ابطال تأليفها ومتى اضيف الى المعاني يراد به اخراجها عما هو المطلوب به والمطلوب هنا من
الوضوء استباحة الصلاة والمعاني الناقضة اي العلل المؤثرة في اخراج الوضوء عما هو المطلوب به
كل ما خرج من السبيلين الحجر حجر كما خرج من السبيلين يعني القبل والدبر لا كذا انما قدرنا الناقضة
تصحيحا للحمل فان حمل الذات على المعنى غير صحيح وانما عبر عن العلل بالمعاني اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم
في قوله لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث وهو اخبار عن عبادة العلل سنة فان المعتبر من ذلك
من ذلك الى ان الشارع الحاوي فاستعملها **فان قيل** فتنتقض عن بعض الكلية منتقضة بالريح الخارج
من القبل والذكر فان الوضوء لا ينتقض به في اصح الروايتين **اجيب** بانه مخصوص من العموم لان
الريح لا ينبعث من الذكر وانما هو اختلاج والقبل محل الوطء ليس فيه نجاسة تنجس الريح بالمرور عليها
فهو في نفسه طاهر عند المصنف على ما سيجيء **ووجهه** قوله تعالى او جاء احد منكم من
الغائط والغائط هو المكان المطمئن من الارض يقضى فيه الحاجة كنى به عن الحدث لان الله تعالى رتب
وجوب التيمم على المجيء منه عند عدم الماء وهو لازم لخروج النجس فكان كناية عن الحدث لكونه ذكر اللازم وارادة
الملزوم والترتيب يدل على العلية واذا ثبت ذلك في التيمم ثبت في الوضوء لانه لا يكون حكما ليتيمم لانه
علة المعلول ما كان بشرط وجوبه ما يسكن ولا تنافي بينهما **قوله** وكلمة ما عامة تتناول المعتاد
وغيره قولنا الكل فانه ينقض الوضوء ما يخرج نادرا كالحصاة والدود ودم الاستحاضة مستثنى لا بان
الله تعالى كنى بالغائط على الوجه المتعارف عن قضاء الحاجة المعتادة فلا يكون غيرها ناقضا **قلنا**
تقييد بلا دليل في مقابلة ما يدل على خلافه وهو عموم كلمة ما **قوله** والدم والقيح اذا خرجا
من البدن خروج النجس من بدن الانسان الحي ينقض الطهارة كيف ما كان عندنا وهو مذهب العشرة
المبشرة وابن مسعود وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري وابي الدرداء وصدور التابعين رضي الله
عنهم وقيد بالخروج لان نفس النجاسة غير ناقضة ما لم توصف بالخروج والا لما حصلت الطهارة للشخص
والمراد بالبدن بدن الحي لما ذكرنا فانها ان خرجت من بدن الميت بعد غسله لا توجب اعادة غسله بل توجب
غسل ذلك الموضع على ما سيأتي وشرط التجاوز الى موضع يلحقه حكم التطهير احترازا عما يبدو
قبل خروجه ولم يتجاوز فانه لا يسمى خارجا فكان تفسيرا للخروج ورد الشافعي وقرر رحمه الله ان البادي
خارج حتى لو رمى به يسيل يفتي على قولنا الخارج من غير السبيلين ناقض للوضوء **قوله** يلحقه حكم
التطهير المراد به تطهيره في الجملة كما في الجنابة حتى لو سال الدم من الرأس الى قصبة الانف انتقض الوضوء
بخلاف البول اذا نزل الى قصبة الذكر ولم يظهر لان النجاسة هنا لم تصل الى موضع يلحقه حكم التطهير
وفي الانف وصلت الى ذلك اذ الاستنشاق في الجنابة فرض وقال الشافعي الخارج من غير السبيلين

لا ببعض الوضوء لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قاء فلم يتوضأ ولأن غسل غير موضع الإصابة أمر تعبدي
أي أمر تعبدنا به أي كلفنا الله به من غير معنى يعقل إذ العقل إنما يقتضي وجوب غسل كل الأعضاء كما في
الغسل بطريق الأولى لأن الغائط أخبث من المني لا خلاف في نجاسته دون الغائط فالاقتصار على الأعضاء
الأربعة أمر تعبدي **وقلنا** قوله صلى الله عليه وسلم الوضوء من دم سائل خرجه الدارقطني **ووجه**
الاستدلال أن مثل هذا التركيب يفهم منه الوجوب كما في قوله في خمس من الإبل شاة ولا خلاف في
وضيئه وقوله صلى الله عليه وسلم الماء من الماء أي وجوب الغسل بسبب خروج المني فكان معناه
توضؤوا من كل دم سائل عن البدن وإنما عبر عنه بلفظ الخبر لكونه آكد في الدلالة على الوجوب كما أن الأمر
آمر فلا يخرج عن ذلك وهو آية كونه ولهذا فإن الآمر إذا كان حكيما لا يكذب في كلامه يعبر عن مطلوبه
بلفظ الخبر تأكيدا للطلب لأنه في تركه تكذيبا له وهو حكيم لا يكذب على ما عرف في موضعه **فإن قيل** سماه
لكن يجوز أن يكون المراد به الوضوء اللغوي **قلنا** ذلك مجاز شرعي ولا نترك الحقيقة الشرعية في
كلام الشارع بلا دليل وقوله صلى الله عليه وسلم من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم
رواه ابن أبي مليكة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الرازي في شرح الطحاوي
بعث أنا سائل رعافه قال المطرزي وفتح العين هو الفصيح ووجه التمسك به من وجهين أحدهما الأمر بالانصراف
ومحاليه إبطال العمل المنهي عنه المفضي إلى النقض المستحيل على الشرع **فإن قيل** جاز أن يكون الأمر لإزالة
نجاسة أصابت ثوبه أو بدنه من الرعاف **أجيب** بأن الأمر بالبناء يأباه فإن البناء إذا كان غير جائز
بالاتفاق والثاني الأمر بالوضوء والأمر للوجوب وإرادة الوضوء اللغوي منتفية لما تقدم في الحديث
الأول لا يقال وقع في الشرح ذلك إذا اغتسل فيه بعد القيء فتغسل الأثر توضؤا وصلوا الصلاة فقال صلى الله عليه
وسلم هكذا الوضوء من القيء إذ ذلك بترتيبه إلى أنه صلى الله عليه وسلم قال ذلك بطريق المشاكلة لقول السائل
الأول وما وضوء الصلاة والثالث الأمر بالبناء أدناه الإباحة والإباحة للبناء بعد العمل الكثير لا بعد عمل كثير
لا بعد انتقاض الطهارة بالاتفاق ولا يقال النبي عن الحجاب الاتفاق فكذا ما عطف عليه لأن القران في
النظم لا يوجب القران في الحكم ألا ترى إلى قوله تعالى كلوا من رزق ربكم واشكروا له فإن الأمر الأول للإباحة
والثاني للوجوب وإذا جاز ذلك فعكسه أولى لأنه اتباع الضعيف القوي **وقوله** ولأن خروج النجاسة
إثبات صفة النجاسة بما يخرج من غير السبيلين بطريق القياس للمصنف رحمه الله ظهر عن حذق عظيم
ومجاراة اللفظ **وبيانه** على وجه واضح يحتاج إلى ذكر الأصل والفرع وشروط القياس فلا علينا أن
نذكر ذلك إجمالا فنقول القياس إبانة مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته في الآخر فالمذكور الأول هو الأصل
والثاني هو الفرع **وشروطه** أن لا يكون الأصل مخصوصا بحكمه بنص آخر كشهادة خزيمة وأن
لا يكون معدولا به عن القياس كبقاء الصوم مع الأكل ناسيا وأن يتعدى الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى
فرع هو نظيره ولا نص فيه وأما معرفة تفاصيل ذلك وما يحترز عنه بكل قيد من القيود فموضعه
أصول الفقه إذا عرف هذا فنقول أما الأصل فيما نحن فيه فهو الخارج من السبيلين أعني الغائط والبول وهو
مشتمل على معنى معقول وهو أن خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة عن المخرج لاتصافه بضد
الطهارة وهو التلوث بالنجاسة وعن سائر البدن باعتبار أن الاتصاف بالحدث لا يقبل التجزي وعلى معنى
غير معقول وهو الاقتصار على الأعضاء الأربعة وأما الفرع فيه فهو الخارج من غير السبيلين وذلك
لأن علماءنا رحمهم الله تعالى لما عرفوا فاستنبطوا أن الخارج من السبيلين كان حدثا لكونه نجسا خارجا
من بدن الإنسان من قوله تعالى أو جاء أحد منكم من الغائط الآية وهو نص معلول بذلك الوصف المؤثر
في جنس الحكم المعلل وهو انتقاض الطهارة بخروج دم الحيض والنفاس ووجدوا مثل ذلك في الخارج

من غير السبيلين فتعدى الحكم الأول إليه وتعدي الحكم الثاني وهو الاقتصار على الأعضاء الأربعة
ممتنع دونه لتعدي الأول لأنه لو لم يتعد ليلزم تغيير حكم النص بالتعليل وذلك يفسد القياس فإن
قيل الفرع دافع لأن تحول الخروج مؤثر في الأصل ولاعتباره في النوع السيلان إلى موضع يلحقه حكم
التطهير وبطل الاتصال بالنزع إلى آخره **فإن قيل** قد ذكرتم أن من شروط القياس أن لا يكون الأصل مخصوصا بحكمه
بنص آخر ولا نسلم وجوده في محل النزاع لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فلم يتوضأ
فإنه يدل على أن قوله تعالى أو جاء أحد منكم من الغائط مخصوص بحكم وهو نقض الطهارة **فالجواب**
أن ذلك محمول على القليل كما ذكر في الكتاب ونحن جمعنا التوفيق ومن شرطه أن لا يكون الفرع منصوصا
عليه وقد ورد فيه حديثان لأن ذلك الشرط ليس بمتفق عليه إذ يكون احتياطا للمصنف
خلافه ولما قال ولأنه يقول قد ذكرتم أن الأصل يشتمل على معنى معقول لما ذكرنا ومشروع لاعتبار الشرع
حدثا والثاني مشروع فقط فجعله تابعا للأول أولى من عكسه لا محالة والثاني أن الفرع لما
اعتبر الأول حدثا يستلزم الطهارة عند تكرره وفي غسل جميع البدن كل وجه حرج فاقتصر على
الأعضاء الظاهرة تيسيرا علينا فكان الثاني من ضرورات الأول فكان تابعا له وقوله ملء الفم لما
ذكر في الكتاب فهو رواية الحسن بن زياد وقيل إنه منع من الكلام فهي ملء وإلا فلا وفرق بين
ملء الفم وما دونه … فيه قليلا فإن أحدهما يقتضي كونه ظاهرا والآخر يقتضي كونه باطنا حقيقة
وحكما أما الحقيقة فلأنه إذا فتح فاه يظهر وإن ضمه يبطن وأما الحكم فلأن الصائم إذا أخذ الماء بفيه
ومجه لم يفسد صومه أيضا كما إذا انتقل من زاوية من بطنه إلى أخرى فكان باطنا فوفرنا على حظيهما
فقلنا إذا كثر ينقض لأنه يخرج غالبا حيث لا يقدر على إمساكه إلا بكلفة فيكون خارجا
فإن قيل عرف المصنف رحمه الله ملء الفم بما لا يستدل عليه والتعريفات لا يستدل عليها **فالجواب**
أن قوله لأنه يخرج ظاهرا ليس دليل العلة وملء الفم أن يكون بحال إلى آخره بل هو دليل لقوله ملء
الفم في الذي نقل وقال زفر قليل القيء وكثيره سواء قال زفر رحمه الله لما كان الخارج من غير السبيلين حدثا
قياس ظاهر ولقوله صلى الله عليه وسلم القلس حدث رواه سوار بن مصعب عن زيد بن علي عن بعض
آبائه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي **ووجه**
الاستدلال ما ذكر عن الخليل أنه قال القلس ما خرج من الفم أو دونه وإنما قدم الاستدلال
بالقياس على الاستدلال بالحديث لأن الخصم معترف بصحة القياس لا نزاع له فيها فكان أقطع في الإلزام
وقلنا قوله صلى الله عليه وسلم في القطرة والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون سائلا فنفى الوضوء
وحاصل معناه لا وضوء في الدم القليل لكن في الكثير وضوء وهو السائل فكان الاستثناء منقطعا لأن الحقيقة
ليست بمرادة لحصولها بعد السيلان والجار وهو القليل لا يتناول السائل فلا يكون متصلا **فإن قيل**
لا نسلم أن الحقيقة ليست بمرادة لجواز أن يكون المراد منه قطر الدم من رأس الجرح من غير أن يسيل
إلى موضع يلحقه حكم التطهير **فالجواب** أن هذا المنع لا يضرنا لأن … لا يخرج به عن كونه منقطعا
وهو ظاهر وقوله وقول علي رضي الله عنه أنه قال سماعا من النبي صلى الله عليه وسلم فصار كقوله عليه
السلام **قوله** وإذا تعارضت الأخبار يعني أن الأصل في الدليلين المتعارضين إن أمكن الجمع بينهما
أن يمكن والترجيح … فيصار إلى القياس فإن تعارض القياسان يعمل المجتهد بأيهما شاء وفي
مسألتنا هذه تعارض ما رواه الشافعي من قوله صلى الله عليه وسلم قاء فلم يتوضأ وما رواه زفر من قوله القلس حدث
الكثير وتلك الأخبار التي ملء الفم من كثرة الأكل ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان بعيدا عن ذلك فيحمل
وقوله والفرق بين المسلكين أي المخرج المعتاد وغيره جواب لزفر على اعتبار غير المعتاد بالمعتاد

وقد بيناه عند قوله عز ان الخروج الى الحيض لا يعتد ولو كان متفرقا حيث لو جمع يملأ الفم وعند
ابي يوسف يعتبر اتحاد المجلس وكذلك التلاوات المتعددة لانه التخيير يتحد باتحاد المجلس وعند
محمد يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان لان الحكم يثبت على حسب ثبوت السبب من الصحة والفساد
فيتحد باتحاده الا ترى انه اذا جرح جراحات ومات منها قبل البرء يتحد الموجب وان تخلل البرء اختلف
وتفسير الاتحاد في الغثيان ان يقيء ثانيا قبل سكون النفس عن الغثيان فان قاء اولا ثم سكنت نفسه ثم
قاء فهو حدث جديد ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف وهو مروي
عن ابن عمر رضي الله عنهما ذكره في جامع الكردري وهو الصحيح وهو اختيار بعض مشايخنا اختاره
المصنف واحترز بقوله هو الصحيح عن قول محمد فانه نجس عنده واختاره بعض المشايخ احتياطا وقالوا انه
تظهر فيما اذا اخذ بقطنة فالقاه في الماء لا ينجس الماء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وهو قول ابي يوسف
ارفق خصوصا في حق اصحاب القروح **ووجه** الصحة ما ذكره في الكتاب بقوله لانه ليس بنجس
حكما حيث لم ينتقض به الطهارة ومعناه ان الخارج النجس من بدن الحي من حيث هو يستلزم كونه حدثا فان لم
يكن حدثا فقد انتفى اللازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وفي كلامه كلام لانه نظر من وجهين احدهما ان
المصنف قوله لانه راجع الى ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما لانه ليس بحدث وهو مصادرة على المطلوب
والثاني انه لا يستدل بعدم نقض الطهارة على عدم النقض لجواز ان يكون لكونه غير فان علة النقض
ذات وصفين وصف الخروج ووصف النجاسة فيجوز ان يكون انتفاؤه لكونه غير خارج دون انتفاء
الوصف الآخر **والجواب** عن الاول ان تقرير كلامه هكذا ما لا يكون حدثا ليس بنجس لما دل عليه من
الدليل فلا يكون نجسا وعن الثاني بان غير الخارج لا يعطى حكم النجاسة لكونه في محله فانه من صلى
وهو حامل بيضة مذرة او بيضة حال مخها دما جازت صلاته فاذا انتفى الخروج مستلزما لانتفاء النجاسة
ونوقض بدم الاستحاضة والجرح السائل فانه ليس بحدث وهو نجس **واجيب** بانا لا نسلم انه
ليس بحدث بل هو حدث لكن لا يظهر اثره حتى يخرج الوقت **وقوله** وهذا اي الذي ذكرنا من
انتقاض الطهارة بملء الفم اذا قاء مرة او طعاما او ماء فانه ان بلغ بعينه مما لا يشوبه طعام فاما ان
نزل من الراس او ارتقى من الجوف والاول غير ناقض بالاتفاق لان الراس ليس بموضع النجاسة وكذا
الثاني عندهما خلافا لابي يوسف له انه نجس لمجاورة ما في المعدة من النجاسة وقد خرج الى موضع
يلحقه حكم التطهير فيكون ناقضا كالطعام والصفراء ولهما ان البلغم لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل
به قليل والقليل في القيء غير ناقض **فان قيل** ينتقض بالبلغم يقع في النجاسة ثم يرفع فانه يحكم بنجاسته
اجيب بانه لا رواية في هذه المسألة ولئن سلم فالفرق بينهما ان البلغم ما دام في الباطن يزداد ثخانة
ويزداد لزوجة فاذا انفصل عن الباطن تقل ثخانته فتقل لزوجته واذا قلت لزوجته ازداد رقته فجاز ان
يقبل النجاسة على ان ما ذكرنا اذا اختلط البلغم بالطعام قالوا لا يعتبر فيه الغلبة فان كان الطعام غالبا
ينقض كالدم والاخلاط ولو قاء دما فاما ان يكون منحدرا من الراس وهو العلق اذا جمد او سائلا فان كان الاول يعتبر فيه
ملء الفم لانه سوداء محترقة وهي تخرج من المعدة والخارج منها ينقض اذا كان ملء الفم وان كان
الثاني فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه فيقبل وهي خمسة الطعام والماء والمرة والصفراء والسوداء
وعندهما ان سال بقوة نفسه نقض وان قل لان المعدة ليست محلا للدم فيكون من قرحة في الجوف
فاعتبر بالخارج من القرحة الظاهرة والمعتبر هناك السيلان فكذلك هنا وقد ذكر في المبسوط وشيخ
الاسلام ان قول ابي يوسف رحمه الله في هذه المسألة مضطرب منهم من جعله مع محمد ومنهم من جعله
مع ابي حنيفة رحمه الله **وقوله** ولو نزل الى ما لان من الانف نقض بالاتفاق **فان قيل** حكم هذه المسألة قد علم

من ثم لانه اول الفصل **اجيب** بانه ذكرها هنا الشيء لبيان حكم لكونه متعلقا بما من ذلك اذا وصل الى
قصبة الانف وانما ذكره ههنا بيانا لاتفاق اصحابنا رحمهم الله لانه عند زفر لا ينتقض بوصوله الى
قصبة الانف وانما ينتقض اذا وصل الى ما لان واليه اشار بقوله بالاتفاق **وقوله** لوصوله الى
موضع يلحقه حكم التطهير يعني بالاتفاق لعدم القطعي بل ذلك عند زفر رحمه الله **قال** والنوم
مضطجعا الى فرع من بيان نقض الوضوء بما يخرج من البدن حقيقة ذكر نقضه بما يوجب ذلك حكما
والنوم مضطجعا وهو ان يضع النائم جنبه على الارض ينقض الوضوء لان الاضطجاع سبب لاسترخاء
المفاصل فلا يعرى عن خروج ريح عادة والثابت عادة كالمتيقن به الا ترى ان من دخل المستراح
ثم شك في وضوئه فانه يحكم بنقض وضوئه لان العادة جرت عند الدخول فيه الحاجة بالبراز فلا
مبادلته بذلك الدخول وكذلك النوم متكئا على احد وركيه والاتكاء افتعال من الوكاء بمعنى الغطاء
مهموز اللام معتل الفاء فاستعمل في ذلك التاء مكان الواو والاصل وتكاء فانه التاء تبدل من الواو
افتعل وغيره لان الاتكاء يزيل مسكة اليقظة اي التماسك الذي يكون لليقظان وكذلك الاتكاء الى
شيء لو ازيل لسقط وهو ظاهر رواية المبسوط وانما هو من اختيار الطحاوي
لان الاسترخاء يبلغ غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط والمروي عن
ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينتقض وحمله على كل حال لان مقعده مستقر على الارض فامن من
خروج شيء منه **قوله** بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلاة يعني اذا كان على
هيئة سجود الصلاة من تجافي البطن عن الفخذ وعدم افتراش الذراعين اما اذا كان بخلافه فينتقض
وقوله وغيرها هو الصحيح احترز به عما ذكر ابن شجاع انه لا يكون حدثا في هذه الاحوال اذا كان في
الصلاة فاما اذا كان خارج الصلاة فهو حدث والذي صححه هو ظاهر الرواية لان بعض الاستمساك
باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء واذا لم يكن النوم في هذه الاحوال سببا لخروج شيء عادة
فلا يقام مقامه لان السبب انما يقام مقام الشيء اذا كان غالب الوجود بذلك السبب اما اذا لم يغلب
فحينئذ يقع الشك في وجود الحدث والوضوء كان ثابتا بيقين فلا يزال بالشك والاصل
فيه اي في كون النوم غير ناقض للوضوء في هذه الاحوال قوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء على من نام
قائما او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا اضطجع استرخت مفاصله رواه الترمذي مسندا
الى ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم **فان قيل** هذا الحديث غير صحيح لان
مداره على ابي العالية الرياحي نقل عن الثقات وهو ضعيف عند النقلة وروي عن ابن سيرين
انه قال حدث عمن شئت الا عن ابي العالية فانه لا يبالي عمن اخذ اي لا يبالي انه يروي عن كل احد
اجيب بان ابا العالية ثقة نقل عنه الثقات كالحسن وابراهيم النخعي والشعبي رحمهم الله
وكونه لا يبالي عمن اخذ يؤثر في من اسند ... في مسانيده وقد اسند هذا الحديث الى ابن عباس رضي
الله عنهما **ووجه** التمسك من هذا الحديث من اوجه الاول نفي الوضوء عمن نام قائما او راكعا والثاني
اثباته على من نام قائما او راكعا والثالث اثباته على من نام مضطجعا بلا وهو على المستند والمتكئ
كما مر **اجيب** بانا لا نسلم انه للحصر ... لنا كيد الاثبات ولئن سلمنا فصيغته فادت الحصر في المضطجع
والمتكئ والمستند بطريق الدلالة والثالث التعليل وهو قوله فانه اذا نام استرخت مفاصله فانه
يدل على عدم وجوبه على المضطجع ويكون معناه لوجوده فيه **قيل** معنى قوله استرخت مفاصله
بلغ الاسترخاء غايته لانه اصل الاسترخاء موجود في من نام قائما فيشتد بتنافي الحديث ... وكذا
ودينا في قول ابي العالية ... من قبل لان بعض الاستمساك باق **وقوله** فلا يتم الاسترخاء **قال**

والغلبة على العقل بالاغماء والجنون من نوع عطفا على الغلبة والجرح لان العقل في الاغماء
مغلوب وفي الجنون مسلوب ولهذا جاز الاغماء على الانبياء دون الجنون والاغماء ضرب مرض يضعف
القوى ولا يزيل الحجى وسببه امتلاء بطون الدماغ من بلغم غليظ **وقوله** لانه اي لان كل واحد
من الاغماء والجنون فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء لان النائم ينتبه بنبه دونهما والاغماء حدث
في الاحوال كلها اي حال القيام والقعود والركوع والسجود لوجود الاسترخاء وهو القياس في النوم لزوال
المقعد عن الارض ووجود الاسترخاء ولكن تركنا هذا القياس في النوم لقوله صلى الله عليه وسلم
لا وضوء على من نام قائما الحديث والاغماء فوقه كما مر فلا يقاس عليه ولا يلحق به دلالة اذ لا يلزم
من ان لا يكون ادنى الغفلة ناقضا ان لا يكون اعلاها ناقضا والسكر اذا حصل به في المشية
تمايل كالاغماء قيل ولم يعلل المصنف الجنون ومن المشايخ من علله بغلبة الاسترخاء ورد بان
المجنون قد يكون اقوى من الصحيح والاولى ان يقال لانه ناقض باعتبار عدم تمييزه الحدث
من غيره **وقوله** والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود احترازا عن صلاة الجنازة وكلامه
واضح ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الا من ضحك منكم الحديث رواه ابو حنيفة عن منصور بن زاذان
عن الحسن عن معبد الجهني ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي واصحابه خلفه فجاء اعرابي في بصره
سوء فوقع في ركية فضحك بعض اصحابه فلما فرغ من صلاته قال الا من ضحك منكم الحديث ورواه
اسامة بن زيد عن ابيه ورواه ابو العالية مرسلا ومسندا الى ابي موسى الاشعري رضي الله
تعالى عنهم ومثله اي مثل هذا الحديث الذي عمل به الصحابة والتابعون وكان رواته معروفا بالفقه
والتقدم في الاجتهاد كابي موسى رضي الله عنهما يترك القياس قيل التعلق به لا يصح لانه لم يكن في مسجد
النبي صلى الله عليه وسلم ركية فلا تكون موضوعا **واجيب** بانه ليس في الحديث انه كان يصلي في المسجد
فيجوز ان يكون الموضع الذي كان يصلي فيه ركية والى المثبت كابي موسى واسامة ثقة فهو مثبت
فهو اولى **قيل** لا يصح من وجه اخر وهو انه لا يظن باصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الضحك
في الصلاة فضلا عن القهقهة **واجيب** بانه كان يصلي خلفه الصحابة وغيرهم
من المنافقين والاعراب الجهال وهذا من باب حسن الظن بهم والا فليس الضحك كبيرة وهم ليسوا
من الصغائر معصومين ولا عن الكبائر [illegible] بكونه كبيرة **وقوله** والاثر ورد في صلاة مطلقة
اي كاملة فيقتصر عليها فلا ينتقض في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وصلاة الصبي وصلاة
الباني بعد الوضوء على احدى الروايتين فان الوضوء لا ينتقض في جميع ذلك وفرق بين القهقهة
والضحك وهو واضح ولم يذكر التبسم لانه لا يفسد الصلاة ولا الوضوء وللتبسم هنا مرسل جابر
بن عبد الله رضي الله عنه ما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم الا يتبسم ولو في الصلاة **وقوله**
والدابة تخرج من الدبر تنقض الوضوء التي تخرج من البطن اذا خرجت نقضت الوضوء والتي تنشأ في الجرح
اذا خرجت منه او سقط منه لا ينقض الوضوء لان نفس الدودة ليست بنجسة ولهذا لو غسلت
جازت الصلاة معها [illegible] ذلك دليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه
الخارج من الجرح [illegible] عدم النقض والخارج من الدبر الفساء في نقض الوضوء **قيل** انما فسر الدابة بالدودة
لان الدابة ما يدب على الارض فربما يتوهم ان المراد بها ما يدخل الجرح كالذباب يخرج منه فانه لا ينقض
[illegible] **وقيل** فيقتصر في كلام المصنف [illegible] لا يكون نجسا هو الصحيح
وقال ههنا لان النجس عليها وذلك تناقض **واجيب** بان ما تقدم على قول ابي يوسف رضي
الله تعالى عنه ويجوز ان يكون هذا على قول محمد رضي الله تعالى عنه [illegible] لو كان ثم نجس

فهو

فهو ما عليها وهذا ليس بصحيح لانه بتقدير الشرطية ان كان على الوجه المذكور لكن ثمة نجس فيكون ما عليها
لم يستخرج من الجرح لان ما الجرح [illegible] لا يكون نجسا وهو ليس بحدث في الجرح فلا يكون نجسا وان
كان على هذا الوجه لم يكن نجس ما عليها فلا يكون نجسا لم يستخرج الدبر لانه نجس وحدث والاول
صواب [illegible] بان يقال اطلق النجس على ما خرج من الجرح بطريق المشاكلة فانما كان بالتشبيه
[illegible] **وقوله** بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة متصل بالمسألة يعني اذا خرجت الريح
الخارجة من قبل المرأة وذكر الرجل لانها تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة وهي
التي صار مسلكاها واحدا يستحب لها الوضوء لاحتمال ان يكون فساء خرج من الدبر
[illegible] على النجاسة [illegible] فيما لو خرج منه الريح [illegible]
فمن قال بنجاسة عينها [illegible] ومن قال بطهارة عينها لم يقل به كما لو مرت الريح
بنجاسة ثم مرت بثوب مبتل فانه لا ينجسه **قيل** اذا كان الخروج من الدبر محتملا ينبغي
ان يكون الوضوء واجبا **واجيب** بان كونها [illegible] واليقين لا يزول بالشك
في الحدث وقال ابو حفص الكبير يجب عليها الوضوء وهو رواية هشام عن محمد رحمه الله **وقيل**
ان كانت مفضاة يجب والا فلا **وقوله** نفطة [illegible] الحركات الثلاث وهي بثرة تخرج
باليد [illegible] من قولهم انتفط [illegible] اي امتلأ [illegible] ان يسيل الماء من راس
الجرح [illegible] وسماه جرحا لانه [illegible]
اعاد هذه المسألة وان كانت تعلم مما تقدم ليعلم الفرق بين الخارج والمخرج او ليعلم ان حكم الماء
[illegible]
ما لم [illegible] **وقوله** هذا اي الذي ذكرنا اذا سال [illegible]
بعصره ولو [illegible] لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج وهذا مختار بعض المشايخ اختاره
المصنف وقال غيرهم ينقض وقال بعض الشارحين وهذا هو المختار عندي لان الخروج لازم
الاخراج ولا بد من وجود اللازم عند وجود الملزوم وفيه نظر لان الاخراج ليس
بمنصوص عليه وانما يستلزمه فكان ثبوته [illegible] والله اعلم

فصل في الغسل

معنى الغسل في اللغة ظاهر وقد تقدم تعريفه بانه طائفة من المسائل الفقهية [illegible]
احكامها بالنسبة الى ما تليها عن مترجمة بالكتاب والباب [illegible] واما
ذكر فصل الغسل بعد الوضوء لان الحاجة الى الوضوء اكثر ولان محل الوضوء جزء البدن ومحل الغسل
كله والجزء قبل الكل اي اقتداء بكتاب الله فانه وقع على هذا الترتيب والفرض بمعنى المفروض
[illegible] قوله وفرض الغسل اما للاستئناف [illegible] العطف على قوله ففرض الطهارة والغسل
اسم من الاغتسال وهو غسل تمام الجسد **وقوله** وغسل سائر البدن اي الباقي [illegible] وقوله صلى الله
عليه وسلم عشر من الفطرة اي السنة قيل خمس منها في الراس وخمس منها في الجسد فالتي في
الراس الفرق والسواك والمضمضة والاستنشاق وقص الشارب والتي في الجسد الختان
وحلق العانة ونتف الابط وتقليم الاظفار والاستنجاء بالماء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا
فاطهروا والجنب يستوي فيه الواحد والجمع والمذكر والمؤنث لانه اسم جرى مجرى المصدر الذي

هو الاجنابة وقوله فاطهروا اي اغسلوا ابدانكم على وجه المبالغة وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان
ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج عن الارادة كداخل العينين لان في غسلهما من الضرر والاذى
ولهذا سقط غسلهما عن حقيقة النجاسة بان اكتحل عينيه بكحل نجس والمضمضة والاستنشاق
لا تعذر فيهما ولهذا افترض غسلهما عن النجاسة الحقيقية فيفترض ايضا في الجنابة **وقوله**
بخلاف الوضوء جواب عن قياس الشافعي الغسل بالوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه لا جميع البدن
والمواجهة فيهما اي في المضمضة والاستنشاق معدومة **وقوله** وسنته ان يبتدي
المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل النجاسة ان كانت على بدنه **قال** في النهاية وهو منقول
عن الامام حميد الدين الضرير رحمه الله وانه اصح وفي بعض النسخ النجاسة وليس بصحيح لان اللام
التعريف اما ان تكون للعهد او للجنس لا وجه للاول لان كلمة الشك تأباه فان العهد يقتضي التقرر
اما ذكرا او عقلا ولا وجه للثاني لان كون النجاسات كلها في بدنه محال وقلنا وهو الكرم الذي يحكي
عن [illegible] ايضا لانه علله في الكتاب بقوله كيلا تزداد باصابة الماء فهذا التعليل الذي ذكرناه
لا تزداد عنه اصابة الماء [illegible] قال [illegible] ان الرواية بالالف واللام قد ثبت في النسخ بحسن النظم
وكان بعض الشارحين انما يتعين التنكير اذا لم يصح اللام في التعريف وليس كذلك لجواز ان يكون
اللام لتعريف الماهية وليس بشيء لان الماهية من حيث هي لا توجد في الخارج فاما ان توجد في
الاقل او في [illegible] وذلك فاسد ظاهر **وقوله** ثم يتوضأ وضوءه للصلاة الا رجليه احترازا عما
روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان الجنب يتوضأ ولا يمسح رأسه لانه لا فائدة فيه لوجود
اسالة الماء من بعد وذلك يعدم معنى المسح كما في سائر الاعضاء لان التسييل هو الموجب فلم
يكن التسييل من بعد معدما له **وقيل** انما قال ذلك دفعا لما يتوهم ان المراد بالوضوء غسل اليدين
الى الرسغين فانه قد يسمى وضوءا **وقوله** ويبدأ بازالة النجاسة تكرار ولعله لبيان التعليل والله
اعلم اراد بها النجاسة المعهودة في ذلك الحال فهو المني الرطب فان ميمونة رضي الله عنها قالت توضأ
رسول الله صلى الله عليه وسلم وضوءه للصلاة غير رجليه وغسل فرجه وما اصابه من الاذى **قوله**
وليس على المرأة ههنا المراد نقض الضفائر [illegible] فليس بواجب اذا بلغ الماء اصول الشعر
بالاتفاق لقوله صلى الله عليه وسلم لام سلمة حين قالت يا رسول الله اني امرأة اشد
ضفر رأسي افأنقضه اذا اغتسلت فقال لا انما يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك [illegible] خبر واحد
فلا يجوز به الزيادة على قوله تعالى فاطهروا لان الشعر ليس ببدنه من كل وجه والامر بالتطهير
لولا ان مواضع الضرورة مستثناة كداخل العينين [illegible] فكذلك في الصحيح لما فيه من الحرج
وقوله في الصحيح احترازا عما روى الحسن عن ابي حنيفة انها تبل ذوائبها ثلاثا مع كل بلة عصرة
ليبلغ الماء شعبها [illegible] اللحية فانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها وفي تخصيص المرأة اشارة
الى ان حكم الرجل بخلافها قالوا في المبسوط الرجل اذا ضفر شعره كما يفعله العلويون والاتراك هل يجب
ايصال الماء الى اثنائها ظاهر الحديث يدل على انه لا يجب وذكر الصدر الشهيد انه يجب **قوله** والمعاني
الموجبة للغسل اي العلل الموجبة واختار لفظ المعاني [illegible] في الوضوء **قال** في النهاية وهذه معان
موجبة للجنابة لا للغسل [illegible] وذكر في مبسوط شيخ الاسلام [illegible] وجوب الاغتسال
ارادة ما [illegible] بسبب الجنابة عند عامة المشايخ [illegible] فالغسل يجب اذا وجد احد المعاني
الموجبة المذكورة سواء [illegible] الارادة اولا [illegible] وفيه نظر [illegible] بعض النسخ الجنابة والحيض
الحيض والنفاس [illegible] وعلى هذا يكون المعاني الموجبة علة **قوله**

انزال

١٣

انزال المني على وجه الدفق والشهوة **قيل** هذا اللفظ باطلاقه يستقيم على قول ابي يوسف
لاشتراطه الدفق والشهوة حال الخروج ولا يستقيم على قولهما لانهما انما اشترطا الدفق عند الخروج حتى
قالا يجب الغسل اذا زايل المني عن مكانه [illegible] خرج من غير دفق فليس في كلام المصنف ما ينافيه ولا
يحمله على الاول وهذا لحكمة كلام المصنف يوهم [illegible] موجبات عندهما في موضع بيانها [illegible]
يبين قوله المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد الى آخره بعض بيان وقال الشافعي رحمه الله تعالى خروج المني كيف
ما كان يعني سواء كان بشهوة او بحمل ثقيل او سقطة من مكان مرتفع او غير ذلك يوجب الغسل
لقوله صلى الله عليه وسلم الماء من الماء اي الغسل من المني على وجه [illegible] والدفق يقال [illegible]
اذا قضى شهوته من المرأة فالامر بالتطهير يتناول [illegible] منه المني على وجه الشهوة [illegible]
في معناها فلا يقاس عليه ولا يلحق به **وقوله** من المرأة قيل انما ذكره ليخرج قضاء الشهوة
البطن فانه قاضيها لا يسمى جنبا وقيل حكي اتفاق الوجوب على المحتلم وقيل الجنابة في اللغة موضوعة
لذلك والمحتلم [illegible] حديث ام سلمة في بعض الفاظها انها سالت رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن المرأة ترى في منامها مثل ما يرى الرجل [illegible] عليه السلام [illegible] قالت نعم
قال صلى الله عليه وسلم فلتغتسل [illegible] قوله الماء من الماء محمول على خروج المني عن شهوة جمعا
بين الادلة [illegible] قوله من الماء يتناول المذي والودي [illegible] بالاجماع فيراد به الخصوص فيحمل
على حالة الشهوة بحديث ام سلمة **وقوله** ثم المعتبر ظاهر وثمرته تظهر فيمن امسك ذكره بعد الانفصال
بشهوة عن مكانه حتى سكنت الشهوة ثم تركه حتى خرج المني من احليله بلا شهوة لا يجب الغسل
خلافا لابي يوسف [illegible] قاس الخروج بالمزايلة بجامع تعلق الحكم بهما [illegible] وجه قولهما انا ذكرنا ان
الشهوة شرط في وجوب الغسل وقد وجدت حالة الانفصال دون الخروج وهو الخروج فبالنظر الى
الاول يجب وبالنظر الى الثاني لا يجب والباب باب العبادة فنوجبه احتياطا وقد وقع في النهاية في
بيانه وذلك ان الخروج على وجه الشهوة قد وجد ظاهرا [illegible] لو كان كذلك لا [illegible]
قيل [illegible] الغسل بين الوجوب وعدمه فلا يجب كما اذا خرج [illegible] من الانفصال **اجيب** بان جهة الوجوب
هاهنا راجحة لان الموجب [illegible] على المزايلة بالشهوة وعدم الخروج بعد المزايلة من العوارض
النادرة فلا يعتبر [illegible] وقيل قوله قياس وقولهما استحسان [illegible] الاخذ بقول ابي يوسف رحمه
الله **وقوله** والتقاء الختانين [illegible] موضع القطع من الذكر والفرج [illegible] ختان الانثى **وقوله**
من غير انزال ليس بشرط لوجوب الغسل [illegible] بالاجماع [illegible] الانصار رضي الله عنهم فانهم
قالوا لا يجب [illegible] الا بالانزال [illegible] بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الماء من الماء **ولنا** قوله صلى
الله عليه وسلم اذا التقى الختانان [illegible] الحديث وقد ثبت [illegible] هذا الحديث [illegible] تعالى وفي قوله
[illegible] الحشفة [illegible] ولكن يجب الغسل عندهما خلافا لمحمد رحمه الله [illegible]
[illegible] من راس الذكر **قوله** لانه سبب الانزال بيانه ان الشيء الذي يترتب عليه حكم [illegible]
وله سبب ظاهر يقام السبب الظاهر مقامه [illegible] ذلك الامر الخفي ويترتب الحكم عليه وههنا التقاء الختانين سبب
الانزال [illegible] الذي يترتب عليه الغسل [illegible] قد يخفى الانزال لقلة المني فيقام الالتقاء مقام
الانزال [illegible] مع المشقة التي يترتب عليها القصر في السفر [illegible] لانه سبب وكذا
الايلاج في الدبر لكمال السببية حتى ان الفسقة يرجحون قضاء الشهوة من الدبر على قضائها من القبل
لما يحصل فيه من اللين والحرارة والضيق [illegible] ذهب بعضهم الى ان محاذاة المرأة في الصلاة تفسد
صلاة غيره كالمرأة ويجب على المفعول به [illegible] عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ولانه [illegible]

الحلال الذي الاحتياط في تركه فلان يوجب الغسل الذي في وجوبه اولى واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه
يحتاط في الحد في تركه ويحتاط في الغسل في وجوبه اولى والاحتياط في كل باب بما يناسبه **قوله** بخلاف
البهيمة وما دون الفرج متصل بقوله فيقام مقامه اي يقام سبب الانزال مقامه في السبيلين في
الادمي بخلاف البهيمة فانه لا يجب فيها الغسل بمجرد الايلاج من غير انزال وبخلاف ما دون الفرج وهو
التفخيذ والتبطين فانه لا يجب فيه الغسل ايضا لنقصان الشهوة اذا لم ينزل **وقوله** والحيض لقوله تعالى
حتى يطهرن اختلف الشارحون في تفسير الاية فمنهم من حمله على ظاهره وقال نفس الحيض يوجب الغسل
لانه لا يجب الا عند انقطاعه وفي الاية بلازمه ومنهم من حمله على ان معناه ان الخروج عن الحيض يوجب
الغسل لانه لا يجب ما دام الحيض باقيا لا يجب الغسل والخروج عن الحيض مستلزم له وهو حد الاتصال فصح
الاستعارة وعزي هذا الى الامام حميد الدين وفي النظر اما في الاول فلان الحيض اسم لدم مخصوص
وقد تقدم انه لجوهر لا يصح ان يكون سببا للمعنى واما في الثاني فلان الانقطاع طهر والطهر لا يوجب الطهارة
ولا ملازمة بينهما على ان قوله لا يجب الا عند انقطاعه يفيد الشرطية لا العلية وكذا الخروج عن الحيض
عبارة عن انقطاعه فيرد عليه مثل ما ورد على ذلك ويجوز ان يقال المعنى خروج الحيض عبارة على انه
وهو الدم المخصوص يوجب الغسل لما تقدم ان خروج النجس من بدن الانسان يوجب تطهير جميع البدن
والنص ثابت في الاربعة فيما ذكر وقوعه دفعا للحرج وقد وقع الحيض ليس بكثير فبقي على الاصل لخروج
المني مجازا بالحذف من باب واسأل القرية اذ لا يلزم من نفس الدم لا يوجب شيئا **ووجه** التمسك بقوله
تعالى حتى يطهرن بالتشديد على وجوب الاغتسال اما بالنسبة الى القربان فلانه تعالى غيا حرمة القربان
الذي كان حلالا الى الاغتسال فيقتضي ان تنتهي الحرمة به ويكون مأمورا به والا كانت حرمة مؤبدة
وفي ذلك نقض لما شرعه بقوله فاذا تطهرن فأتوهن من حيث امركم الله وبقوله تعالى فأتوا حرثكم
انى شئتم واما بالنسبة الى الصلاة فلان الاغتسال لما صار شرطا لحل القربان بهذه الاية مع ان الطهارة
ليست بشرط لحل القربان فيما سوى الحيض والنفاس في صورة من الصور كان ذلك بشرط الاغتسال لحل الصلاة
والحال انها شرطها الا عن جميع النجاسات الحقيقية والحكمية واما اولى واما النفاس فلما وجب الاغتسال
فيه بالاجماع **وقوله** وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم بيان للغسل المسنون نص القدوري على
السنة يعني في هذه الاربعة وقد نقل عن الاربعة مستحبة بناء على ذلك تسمية محمد الغسل يوم
الجمعة في الاصل حسنا وهو قولها حيث ذهب الى وجوبه مالك لقوله صلى الله عليه وسلم من اتى
منكم الجمعة فليغتسل رواه ابن عمر رضي الله عنهما **ولنا** قوله صلى الله عليه وسلم من توضأ يوم الجمعة
فبها ونعمت ومن اغتسل فهو افضل رواه سمرة بن جندب رضي الله عنه **وقوله** فبها ونعمت اي فالسنة
اخذ ونعمت الخصلة هذه اي الاخذ بالسنة وهذا اي هذا الحديث محمل لما رواه مالك على الاستحباب
توفيقا بينهما او على النسخ بدليل ما روي عن عائشة رضي الله عنها وابن عباس رضي الله عنهما قالا كان
الناس عمال انفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه والمسجد قريب السمك فكان يتأذى بعضهم
برائحة بعض فأمروا بالاغتسال لهذا ثم نسخ حين لبسوا غير الصوف وتركوا العمل بايديهم **وقوله** هو الصحيح
احتراز عن قول الحسن فانه يقول الغسل يوم الجمعة لليوم فانه اظهار الفضيلة قال صلى الله عليه وسلم
سيد الايام يوم الجمعة ومعنى قوله لزيادة فضيلتها انها تؤدي بجمع عظيم فلها من الفضيلة ما ليس
لغيرها وسيادة اليوم باعتبار وقوع الصلاة فيه وفائدة الخلاف تظهر فيمن اغتسل يوم الجمعة ثم احدث ثم توضأ
وصلى الجمعة فانه ليس بمقيم السنة عند ابي يوسف خلافا للحسن وقد وقع في بعض الروايات ذكر محمد مع
الحسن بن زياد والعيدان بمنزلة يوم الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتأذي بالرائحة

واما في عرفة والاحرام فسنبين في المناسك ان شاء الله تعالى وليس في المذي والودي غسل وفيهما
الوضوء لقوله صلى الله عليه وسلم كل فحل يمذي وفيه الوضوء رواه ابو داود باسناد صحيح **فان قيل**
اذا كان الواجب الوضوء كان الواجب ان يذكرهما في فصل الوضوء **اجيب** بانهما لما شابها المني
فذكرهما في فصل الغسل والاخصر ان يقال انما ذكرهما ههنا لان احمد رحمه الله يقول يوجب الغسل
في رواية فذكرهما ههنا نفيا لما يقوله **فان قيل** اذا كان حكمهما الوضوء كان ذكر نقضهما بالنفي
يقول مالك رحمه الله لانه يقول يجب الوضوء … ليس نقضا بالودي غير مقصور على التفسير
المذكور في الكتاب لانه ما يخرج على اثر البول وقد وجب الوضوء بالبول قبله فلا يجب بالودي
بعده **اجيب** باجوبة منها انه اذا بال فتوضأ ثم اودى فانه يجب عليه الوضوء ومنها
ان من به سلس البول اذا توضأ للبول ثم اودى حال بقاء الوقت تنتقض طهارته ومنها ان
الوضوء يجب في الودي لو تصور الانفصال به وفيه ضعف والتفسير بما روي عن عائشة رضي
الله عنها واما مني الرجل … خاصة لان مني المرأة ليس بخاثر الا ابيض فهو رقيق اصفر
كما جاء في الحديث يذكر منه الذكر التعريف الجامع لمني الرجال … يخرج من بين صلب الرجل
وترائب المرأة والله اعلم

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

معنى الباب في اللغة النوع وقد يعرف بانه طائفة من المسائل الفقهية اشتمل عليها كتاب ولقب
بباب كذا ولما فرغ من بيان الطهارة بين ما تحصل به الطهارة وهو الماء المطلق الطاهر …
من الحدث لكونه الشرط اخص جامعا بماء السماء والاودية والعيون والابار وماء البحار لقوله
تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شيء الحديث **ووجه**
التمسك ان الله تعالى ذكر الماء في الاية مطلقا والمطلق ما يتعرض للذات دون الصفات ومطلق
الاسم ينطلق على هذه المياه لا يقال الاية تدل على ان المنزل من السماء طهور دون الينابيع والمطر مراد
من السماء لان الله تعالى قال الم تر ان الله انزل من السماء ماء فسلكه ينابيع في الارض وقال انزل من السماء
ماء فسالت اودية بقدرها وسياق الكلام في الحديث وذكر الاشياء ليس للتخصيص لان الطهارة
من الحدث انما تحصل بهذه المياه … التوضيح يحصل به الوضوء كذلك ولا يجوز بما اعتصر
بالقصر على انها موصولة هكذا المسموع **قوله** لانه ليس بماء مطلق لانه عند اطلاق الماء لا ينطلق
عليه ويحقق ذلك انا فرضنا في بيت انسان ماء كثيرا اخذ من … فقيل هات
ماء لا يسبق الى ذهن المخاطب الا الاول ولا نعني بالمطلق والمقيد الا هذا والحكم وهو الطهارة عند فقده
اي فقد الماء المطلق منقول الى التيمم قال الله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا **قوله** والوظيفة الخ جواب عما يقال
الماء المعتصر من الشجر والثمر وان لم يكن ماء مطلقا لكنه في معناه في الازالة فيلحق بالمطلق **وجه**
ان الوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا يتعدى الى غير المنصوص عليه ومعناه ان شرط القياس
ان لا يكون حكم الاصل معدولا به عن القياس وليس فيما نحن فيه كذلك فلا يصح القياس بخلاف ازالة
النجاسات الحقيقية فانها معقول المعنى … منها الالحاق على قول ابي حنيفة رضي الله
عنه ولقائل ان يقول … التعدية بطريق القياس … بالدلالة فان كونه معقولا ليس بشرط
فيها **والجواب** ان سائر المائعات للشيء في معنى … كذلك **فان قلت** … في النجاسة
الحقيقية … لانه معقول المعنى **فان قلت** … من شرط الدلالة ان يكون …

الاصل في الوصف الذي هو مناط الحكم من كل وجه لا غير والوصف فيما نحن فيه هو ازالة النجاسة
والماء المطلق صالح لها سيان في ذلك وكونه الماء مستعملا لا مدخل له في ذلك **قلت** انهما سيان في
ازالة النجاسة الحقيقية اما مطلقا او الاول مسلم والنفس الكلام فيه والثاني ممنوع **وقوله** في
الكتاب يعني مختصر القدوري **وقوله** فاخرجه عن طبع الماء كالتفسير لقوله غلب عليه غيره **وقوله**
كالاشربة يعني اخرجه ان اراد بها الاشربة المتخذة من الشجر كشراب الريباس والحماض وبالخل الخل
الخالص صح لخروجهما من نظر العصير من الشجر والثمر وكذا ماء الباقلاء والمرق فنظير الماء الذي غلب عليه
غيره وماء الباقلاء اذا انبذ لا امر فيه مقصود واذا طبخت فيه نحو قد صار الزردج مما يخرج من العصفر
المنقوع **وقوله** ما تغير بالطبخ فيه المراد الطبخة فانه يصير مرقا **وقوله** فيه اختلاف اوصافه
التي هي اللون والطعم والريح اشارة الى ان تغير الوصفين لا يجوز التوضي به **قاله** في النهاية لكن المنقول
من الاسانيد انه يجوز كما حكى انه اوراق الاشجار وقت الخريف تقع في الحياض فتغير ماؤها من حيث اللون
والطعم والرائحة ثم انهم يتوضئون منها من غير نكير وكذا اشار في شرح الطحاوي اليه وكون شرطه
ان يكون باقيا على رقته اما اذا غلب حتى صار ثخينا فلا يجوز **فان قيل** كيف تعلم من قول النبي
صلى الله عليه وسلم الا ما غير لونه او طعمه او ريحه وذلك يقتضي عدم جواز التوضي عند تغير
احد الاوصاف **قلت اجيب** بان معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا ينجسه شيء اي لا ينجسه شيء نجس
وكلامنا في المخلوط الطاهر **وقوله** اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق ايضا في عدم جواز التو
به والمروي عن ابي يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران وسنذكره **وقوله** هو الصحيح احتراز عنه فانه
طاهر فجعل حكمه كالزعفران بمنزلة ظاهر لفظه كان رواية المختصر والمروي عن ابي يوسف خلاف وان
كان المراد منهما اذا كان الماء مغلوبا باجزاء الزردج فلا خلاف بينهما والامام التمرتاشي والامام
السرخسي اختارا المروي **وقوله** وقال الشافعي ظاهر **وقوله** واضافته الى الزعفران كاضافته الى
البئر يعني انها للتعريف لا للتقييد والفرق بينهما ان المضاف اذا لم يكن خارجا عن المضاف اليه فالاضافة
للتعريف وماء الزعفران وماء البئر وماء العين من هذا القبيل وان كان خارجا عن ماهيته فهي
للتقييد كماء الورد ونحوه [illegible] فيعتبر فيه الغلبة بالاجزاء فان كانت اجزاء الماء
غالبة فيجوز ذلك ببقائه على رقته وجاز الوضوء به وان كانت اجزاء المخلط غالبة بان صار ثخينا
زال عنه رقته لا سيلانه لا يجوز **وقوله** هو الصحيح نفي لقول محمد فانه يعتبر الغلبة بتغير اللون
والطعم **وبيان ذلك** ان الطاهر المخلوط بالماء اما ان يكون لونه كلون الماء اولا فان كان الثاني
كاللبن والزعفران والعصفر فالعبرة للون فان غلب لون له جاز الوضوء به وان غلب لا يجوز وان كان
الاول كماء البطيخ والاشجار فالعبرة للطعم على ما ذكرنا وان لم يكن له طعم ولا لون [illegible] كان
صحيحا لان الغلبة بالاجزاء غلبة حقيقية اذ وجود الشيء المركب باجزائه فكان اعتبارها اولى **قوله**
بعدما خلط به غيره اما قيده به لان الماء اذا طبخ وحده وتغير به جاز الوضوء به **وقوله** الا اذا طبخ
فيه [illegible] استثناء من قوله لا يجوز التوضي به فانما جاز بذلك لان السنة وردت في غسل الموتى بالماء الذي
اغلي بالسدر الا اذا صار غليظا لا يمكن تسييله على العضو والاسم الماء عنه **وقوله** وكل ماء وقعت
فيه النجاسة لم يجز الوضوء به اراد بالماء ما لا يكون جاريا ولا في حكمه وهو الغدير العظيم لذكرهما
بعد ذلك وقد وقع في بعض نسخ الهداية قليلا كانت النجاسة او كثيرا وفي بعضها قليلا كان او كثيرا
وهو لفظ المختصر وتوجيه الاول ان يقال شيء فعيلا بمعنى فاعل او فعيل بمعنى مفعول لم يحذف علامة
التانيث كما في قوله تعالى ان رحمة الله قريب من المحسنين وفي قوله قليلا احترازا عن قول مالك فانه

لا ينجس الماء عنده اذا لم ير لها اثر **وقوله** كثيرا مستدرك لان قليل النجاسة اذا كان مانعا فالكثير
اولى وتوجيه الثانية الماء الراكد قليلا كان او كثيرا اذا وقعت فيه نجاسة لا يجوز الوضوء به
والقليل هو ما يكفي للوضوء والغسل كذا قيل **وقوله** قليلا احترازا عن قول مالك **وقوله**
كثيرا احترازا عن قول الشافعي فانه ما كان يجوز الوضوء بالقليل وان وقعت فيه نجاسة ما لم يتغير
احد اوصافه ويستدل بما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الماء طهور لا ينجسه شيء الحديث والشافعي
يجوزه اذا كان الماء قلتين لقوله صلى الله عليه وسلم اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا واضطربت اقوالهم
في مقدار القلة فقيل القلتان خمس قرب كل قربة خمسون منا وقيل ثلثمائة من تقريبا لا تحديدا او
قيل القلة جرة تحمل من اليمن تسع فيها قربتان وشيء لنا حديث المستيقظ من منامه وهو قوله
صلى الله عليه وسلم اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا **ووجه**
التمسك ان النهي [illegible] عن الغمس لاحتمال النجاسة فحقيقة النجاسة اولى ان تكون منجسة وقوله
صلى الله عليه وسلم لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة رواه ابو هريرة وهي
حجة على الفريقين اما على مالك فلانه نهي عن الاغتسال وانه لا يغير احد اوصافه بيقين واما
على الشافعي فلانه نهي عن البول في الماء الدائم ومطلق النهي يقتضي التحريم لاسيما على مذهبه ولو
لم يكن منجسا كان كسكب ما فيه [illegible] وهو ليس بحرام ولم يفصل بين دائم ودائم وكان القلتان وغيرهما
سواء لا يقال يجوز ان يكون النهي للتنزيه لانا نقول [illegible] وتقييده بالدائم ينافيه فان الماء الجاري
يشاركه في ذلك [illegible] البول فانه ليس باذى في الماء الدائم فكذلك في الجاري فلا يكون للتقييد فائدة
وكلام الشارع مصون عن ذلك **فان قيل** الاستدلال باطلاق الحديث حجة عليكم لان الغدير العظيم ما دخل
تحت اطلاقه **اجيب** بانه في حكم الجاري بعدم اختلاطه بعضه ببعض **قوله** والذي
رواه مالك [illegible] عن حديث ماله بانه ورد في بئر بضاعة وهي بكسر الباء وضمها بئر قديمة بالمدينة
تلقى فيها الحيض ومحايض النساء وذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم حين توضا منها فقال الماء طهور
الحديث وقد كان ماؤها جاريا في البساتين [illegible] والماء الجاري لا ينجس بوقوع النجا
فيه عندنا **فان قيل** العبرة لعموم اللفظ دون خصوص السبب فكيف تخصص ببئر بضاعة مع وجود
دليل العموم فيه وهو الالف واللام **اجيب** بانه ليس من باب الخصوص في شيء وانما هو من
باب [illegible] التوفيق بينهما فان الحديثين اذا تعارضا وجهل تاريخهما جعلا كانهما وردا معا ثم بعد ذلك
ان امكن العمل بهما يحمل كل منهما على محمل [illegible] وان لم يمكن بطل الترجيح [illegible]
امكن العمل بان يحمل حديث [illegible] على بئر بضاعة وحديث المستيقظ وقوله صلى الله عليه وسلم
لا يبولن احدكم على غيرهما فعملنا كذلك دفعا للتناقض **فان قيل** اشتبه المصنف رحمه
الله في اول الباب بهذا الحديث على طهورية المياه المذكورة هنالك وحمله ههنا على بئر بضاعة
فان كان اللام في كلمة الماء للجنس صح الاستدلال وبطل الحمل وان كان للعهد صح الحمل وبطل الاستدلال
اجاب العلامة علاء الدين عبد العزيز بما معناه انه للجنس والاستدلال صحيح والحمل ليس
بباطل لان الحديث مشتمل على قضيتين احداهما الماء طهور والثانية لا ينجسه شيء والاستدلال بالاولى
لانها تفيد المقصود من غير افتقار الى الثانية والحمل للثانية وقد دل ان الضمير في لا ينجسه راجع الى ما
دخل عليه اللام فكان المراد بها الجنس فكيف يصح حمله على معين اجاب بان اللفظ اذا احتمل على
معنيين واريد به احدهما ثم ارتد بضميره الاخر جاز وسمي ذلك استخداما كما في قول الشاعر

اذا نزل السماء بارض قوم ∴ رعيناه وان كانوا غضابا

وهو كلام حسن من باب قوله صلى الله عليه وسلم هو الطهور ماؤه والحل ميتته في كونه جوابا زائدا على
مقدار الحاجة كانت في دفع النجاسة عن بئر بضاعة وكان ذلك يحصل بقوله لا ينجسه شيء الى آخره
لكونه جاريا ولا يجوز ان يراد بالماء البالغ قلتين طاهرا اذا وقعت فيه نجاسة لوجود الدليل على
نجاسته وهو حديث المستيقظ **وقوله** لا يبولن احدكم الحديث **وقوله** وما رواه الشافعي يريد به
حديث القلتين ضعفه ابو داود ومعناه لا يصح التعلق بهذا الحديث لان في اسناده ضعفا ضعفه
ابو داود سليمان بن الاشعث السجستاني قال حديث القلتين مما لا يثبت وهكذا قال ابن المديني استاذ محمد
بن اسمعيل البخاري رحمهما الله وقال الشافعي في كتابه بلغني باسناد لا يحضرني ذكره ومثله دون المرسل
وفي متنه اضطراب فانه قال في بعض الروايات اذا بلغ الماء قلتين او ثلاثا وفي بعضها اربعين قلة برواية
جابر وحديثه ابراهيم النخعي والقلة في نفسها مجهولة لانها تذكر ويراد بها قامة الرجل وتذكر ويراد
بها راس الجبل وتذكر ويراد بها الجرة والتعيين بقلال هجر لا يثبت بقول
جريج لانه جرح ممن لا يعقل فيبقى محتملا وكذلك قوله لا يحمل خبثا محتمل لما قاله الشافعي اي لا يقبل النجاسة
ويدفعها ويحتمل اذا قل الماء انه يضعف عن احتمال الخبث فيتنجس واذا كان
كذلك لم يكن التمسك به صحيحا **قال** واما الجاري اذا وقعت فيه نجاسة اختلف الناس في تعريف
الماء الجاري فمنهم من قال هو ما لا يتكرر استعماله وذلك بانه اذا اغترف منه ووصل الماء منه الى النهر فاذا
ثانيا لا يكون الماء فيه شيء من الماء الاول وقيل ما يذهب بتبنة وقيل هو ما اذا كان بحيث لو وضع رجل يده
في الماء عرضا لم ينقطع جريانه **قيل** والاصح ما يعده الناس جاريا وجملة ما ذكر في الكتاب وهو ظاهر **وقوله**
اذا لم ير لها اثر اي لم يظهر لها اثر اشارة الى ان النجاسة لو كانت مرئية لا يتوضا من جانب الوقوع قال
في المحيط اذا وقعت النجاسة في الماء الجاري فان كانت غير مرئية كالبول لا ينجس ما لم يتغير طعمه او لونه
او ريحه وان كانت مرئية كالجيفة والعذرة فان كان النهر كبيرا لا يتوضا من اسفل الجانب الذي فيه الجيفة
ويتوضا من جانب آخر وان كان صغيرا فان كان الماء يجري على اكثرها فهو نجس وان كان اقل فهو طاهر وان كان
النصف جاز الوضوء والاحوط ان لا يتوضا **وقوله** والغدير العظيم فعيل بمعنى مفعول من غادره اي
ترك وهو الذي تركه ماء السيل وقيل بمعنى فاعل لانه يغدر باهله اي ينقطع
عند شدة الحاجة اليه واعلم ان اصحابنا اتفقوا على ان الماء اذا خلص بعضه الى بعض كان
قليلا واذا لم يخلص كان كثيرا لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه الا ان يتغير لونه او طعمه او ريحه كالماء الجاري ثم
اختلفوا فيما يعرف به الخلوص فذهب المتقدمون الى انه يعرف بالتحريك فانه اذا كان بحيث اذا حرك طرف منه يتحرك الجانب
الآخر فهو مما يخلص بعضه الى بعض والمراد بالتحريك هو التحريك بالارتفاع والانخفاض ساعة تحريكه
لا بعد المكث ولا يعتبر الحباب فان الماء وان كان عظيما يتحرك ثم اختلفوا في سبب التحريك فروى ابو يوسف
عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو ان يغتسل انسان في جانب منه
اغتسالا وسطا فان تحرك الجانب الآخر وبه اخذ ابو يوسف وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمهما
الله انه يعتبر التحريك باليد وروى عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر التحريك بالوضوء وروى
عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر التحريك بالتوضي **وجه** القول الاول ما ذكرنا في الكتاب ان الحاجة
الى الاغتسال في الحياض اشد من الحاجة الى التوضي لان الوضوء في البيوت عادة **ووجه** الثاني
ان التحريك يكون بالاغتسال وبالتوضي وبغسل اليد لا ان التحريك باليد اخف فكان الاعتبار به اولى
توسعة على الناس **ووجه** الثالث ان مبنى الماء في حكم النجاسة على الخفة فان الناس يحتاجون
الى ان يسقط حكم النجاسة عن بعض المياه تخفيفا فاعتبر التحريك الوسط وهو التحريك بالوضوء وذ

المتاخرون الى انه يعرف بشيء آخر غير التحريك فمنهم من اعتبر بالكدرة فقال اذا اغتسل فيه وتكدر الماء فان وصل الكدرة
الى الجانب الآخر فهو مما يخلص والا فلا وروي عن ابي سليمان الجوزجاني انه اعتبر بالمساحة
عشرا في عشر في رواية وبقول ابي سليمان الجوزجاني اخذ عامة المشايخ ثم الفاظ الكتب قد اختلفت
في تعيين الذراع فجعل الصحيح في فتاوى قاضي خان ذراع المساحة وهي سبع مشتات فوق كل مشتة اصبع
قائمة توسعة للامر على الناس وفي المغرب في العرف يكون بحال لا يتحير الاعتراف **وقوله** هو الصحيح
احتراز عن قول بعضهم ان المعتبر فيه ان يكون ثمانيا في ثمان قول الآخرين ان يكون اثني عشر في اثني عشر **وقوله**
في الكتاب يعني مختصر القدوري **وقوله** اشارة الى انه يتنجس موضع الوقوع لم تفرق بين كونها
مرئية وغير مرئية وهو المحكي عن مشايخ العراق ومشايخ بخارى وبلخ فرقوا بينهما فقالوا في غير
المرئية يتوضا من الجانب الذي وقعت فيه النجاسة بخلاف المرئية وعن ابي يوسف
انه لا يتنجس الا اذا ظهر اثرها فيه اي في موضع الوقوع كالماء الجاري وعلى هذا اذا اغتسل في
حوض كبير فسقط غسالته وجنبه في الماء ترفع الماء من موضع الوقوع قبل التحريك لا يجوز عند العراقيين
وجوزه مشايخ بخارى وبلخ فرقوا بينهما ففي غير المرئية يتوضا من الجانب الذي وقعت فيه
النجاسة بخلاف المرئية وعن ابي يوسف انه لا يتنجس الا اذا ظهر اثرها فيه اي في موضع الوقوع قبل
التحريك لا يجوز عند العراقيين وجوزه مشايخ بخارى توسعة على الناس لعموم البلوى به **قال**
وموت ما ليس له نفس سائلة اذا مات ما ليس له دم سائل كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها
في الماء لا ينجسه وعامة الزنابير دونه عنها لانها انواع شتى وقال الشافعي رحمه الله يفسده
لانه حرام لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والتحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة **وقوله** لا بطريق
الكرامة احتراز عن تحريم الآدمي **فان قيل** دود الخل وسوس الثمار اذا ماتت فيها ليس بنجسة ولا ينجس
الخل والثمار قالت الصحابة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فيه اي في مثل هذه الحادثة
فانه سئل عليه السلام عن اناء فيه طعام او شراب يموت فيه ما ليس له دم سائل فقال هو الحلال
اكله وشربه والوضوء منه ولانه لا ينجس لاختلاط الدم المسفوح فان ذبيحة المجوسي والوثني وتارك التسمية عمدا
ليس فيها دم مسفوح وهي نجسة وذبيحة المسلم اذا لم يسل منها الدم بان رضي باه اكلت ورق العناب
حلال مع ان الدم لم يسل بالذبح والقياس في ذبيحة المجوسي تنجيس اللحم كذبيحة المسلم الا ان
صاحب الشرع لم يجعله من اهلية الذبح بقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير
ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم فجعل الشرع ذبيحته كلا ذبح وكما جعل ذبيحة المسلم اذا لم يسل منها الدم كذبيحة
اذا سال الا قامة الذابح واستعمال آلة الذبح مقام الاسالة لا تيانه بما هو الماء موريه الداخل تحت
قدرته ولا معتبر بالعوارض لانها لا تدخل تحت القواعد الاصلية وانما قيد بقوله عند الموت
لانه اذا كان حيا لا ينجس ولهذا قلت المصلي اذا استصحب فارة او عصفورا حية لم تفسد صلاته
ولو كانت نجسة لفسدت ولو ما تت تحت ثوبها فاستصحبها فسدت وهذا لان الدم الا يجتذب فيه
في الحي وبالموت ينصب عن مجاريها فيتنجس اللحم بتشربه اياه ولهذا لو قطعت العروق بعد ان لم يسل
منه الدم **وقوله** والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة جواب عن استدلال الشافعي فان
الطين حرام لا للكرامة وليس بنجس **قال** وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان
قيل انما قال في المسئلة الاولى لا ينجسه وفي هذه لا يفسده لان الموت في المسئلة الاولى في غير معدنه
فتوهم التنجيس فناسب نفيه وفي الثانية في معدنه فلا يتوهم تنجيسه بواسطة الضرورة لكن لم يحتمل
صفة الماء بالتغير ناسب نفيه بقوله لا يفسده وقال الشافعي رحمه الله يفسده الا السمك لما مر يعني من قوله

لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة **قيل** في هذا التعليل اشكال وهو ان الضفادع والسرطانات
يحرم اكلها عند الشافعي على ما روي عنه في كتاب الذبائح على ما سيأتي **والجواب** ان المذكور في كتاب
الذبائح وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله فيجوز ان يكون هذه رواية اخرى عنه فيكون [illegible]
وكما انه مات في معدنه وهو طاهر وكلما مات في غير معدنه كان نجسا ككل ما كان نجسا في معدنه
لا يعطى حكم النجاسة كبيضة حال محها اي تغير صفرتها دما حتى لو صلى يجوز الصلاة لان النجاسة
في [illegible] فيما اذا صلى وفي كمه قارورة وفيها دم لا يجوز صلاته لان النجاسة اذا ما [illegible] في الرواية معدنها
والذي يظهر من كلامهم انهم يعنون بالمعدن [illegible] بالذبح في الوجود والجنين في البيضة واشباهها
فليس البر كذلك **قوله** ولانه لا دم فيها اي في هذه الحيوانات اذ الدموي لا يسكن في الماء والدم هو المنجس
كما تقدم واذا ماتت في غير الماء كالخل والعصير والحليب ونحوها قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن و
قول محمد بن مقاتل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهشام عن محمد رضي الله عنهم لعدم الدم وهو
الاصح لاطلاق [illegible] **قيل في** كل واحد من التعليلين نظر اما الاول فانه ليس بتعليل بل هو بيان استثناء المانع
فانا قد ذكرنا ان النجاسة لا تعطى حكم النجاسة في معدنها فكان المعدن مانعا عن ترتب الحكم عليها
وعن الثاني [illegible] ان العلة المنجسة [illegible] انتفاؤها انتفاء الحكم وههنا كذلك لان كونه دما مسفوحا
هو المنجس لا غير والضفدع البحري والبري فيه سواء وانما تعرف البحري من البري [illegible] **وقيل**
البري مفسد لوجود العلة وعدم المانع [illegible] وهو المعدن **قوله** وما يعيش في
الماء بيان ان المراد بما يعيش في الماء ما كان توالده ومثواه فيه كما ذكرناه في اول البحث وما يعيش
دون ما فيه المولد كالبط والاوز ونحوها مفسد **قال** والماء المستعمل لا يجوز استعماله في طهارة
الاحداث قدم الكلام في حكم المستعمل لانه هو المقصود [illegible] في طهارة الاحداث اشارة الى
انه يجوز استعماله في طهارة الانجاس فيما روى محمد عن ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه وهو الحق في
مذهبه فان ازالة النجاسة الحقيقية بسائر المايعات تجوز عنده **قوله** خلافا لمالك والشافعي
في الماء المستعمل لانه اقوال الطهر على كقول محمد في قول طاهر وطهور كقول مالك وفي آخر انه ان كان المستعمل
محدثا فهو طاهر غير طهور وان كان متوضيا فهو طاهر وطهور وقوله زفر ما اي مالك والشافعي يعني لان
الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع ولا يكون كذلك الا اذا لم يتنجس بالاستعمال **والجواب**
انه [illegible] عن تغلب [illegible] عليه بانه [illegible] ان كان للزيادة [illegible] بيان النهاية كان [illegible] وقوله
تعالى [illegible] من السماء ماء ليطهركم به والا فلم يعقل من التفعيل [illegible] فان [illegible] الاستعمال
يدعي تطهيرا عن التكرار فيه وقول زفر لان العضو طاهر حقيقة معناه ان اعضاء الوضوء طاهر حقيقة
نجسة حكما فالماء المستعمل فيها بالنظر الى الاول طاهر وبالنظر الى الثاني نجس [illegible] ابطال
للاحد واعمالهما دون [illegible] اولى من اهمال احدهما فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين
وقول محمد هو انه طاهر غير طهور رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وهو المختار للفتوى لعموم
البلوى **وقوله** لان ملاقاة الطاهر الطاهر وهو الماء الطاهر وهو العضو المغسول لانه طاهر حقيقة لا
توجب التنجيس كما لو غسل به ثوب طاهر الا انه [illegible] اقيمت به قربة وقد تغيرت صفته فلم يبق طهورا وقد
صح ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يبادرون الى وضوئه فيتمسحون به ولو كان نجسا
لمنعهم كما منع ابا طيبة الحجام عن شرب دمه ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
قوله صلى الله عليه وسلم لا يبولن احدكم في الماء الدائم الحديث انه عليه الصلاة والسلام كما نهى عن
النجاسة الحقيقية وهو البول فكذلك نهى عن الحكمية وهو الاغتسال فدل على ان الاغتسال فيه

كالبول

كالبول لانه [illegible] **وقوله** ولانه ماء اي ولان الماء المستعمل ماء زال به الحدث [illegible] الصلاة وهو النجس
الحكمي فيتغير [illegible] الاخر [illegible] وهو النجس الحقيقي ولقائل ان يقول [illegible]
قبل الاستعمال [illegible] فلا تتحول هذه الصفة [illegible]
[illegible] الاعراض لا تنتقل انتقال من محل الى محل باتفاق العقلاء فيبقى الثاني وحينئذ لا يصح
الحكم بنجاسة الماء **والجواب** [illegible] المتوضي [illegible] اعضاء الوضوء متصفة
بالنجاسة حكما وقد [illegible] شرعا [illegible]
[illegible]
[illegible] الحقيقة [illegible] المحل [illegible]
اعتبارا [illegible] وقيل المشتري [illegible] ينتقل الملك من البايع الى المشتري وبعدما
ثبت نجاسته اختلفت الرواية في غلظها وخفتها فروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنهما
انه نجس نجاسة غليظة اعتبارا بالمستعمل في النجاسة الحقيقية فيقدر بالدرهم وروى ابو يوسف
عنه وهو قوله انه نجس نجاسة خفيفة لمكان الاختلاف فان اختلاف العلماء يورث التخفيف كما
سيجيء **وقوله** والماء المستعمل بيان لحقيقته وكان من حقه التقديم ولكن قدم الحكم لما ذكرنا
انفا ولانه يتضمن بيان السبب فصار من الوسائل فلا يجب تقديمه ثم سبب كون الماء مستعملا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما هو ازالة الحدث او قصد القربة وعند محمد قصد
القربة فقط وعند زفر والشافعي رحمهما الله ازالة الحدث لا غير فلو توضأ محدث بنية القربة
صار الماء مستعملا بالاجماع ولو توضأ متوضئ للتبرد لم يصر مستعملا عندهم وعند زفر خلافا فان الحكم يعتمد
قصد القربة وكذا عند الشافعي لعدم ازالة الحدث عنده بلا نية ولو توضأ المتوضئ لقصد
القربة يصير مستعملا عند الثلاثة خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله ان تمسك محمد بقوله لان استعمال
بانتقال النجاسة الا تأثير له الا المستعمل كما قررناه وانتفى لها بان الماء عن حكمها وان الماء
بالقرب كما الا الصدقة وابو يوسف يقول باسقاط الفرض ايضا مؤثر لان التغير عندهما انما يكون
بزوال النجاسة الحكمية عن المحل فانتقالها الى الماء وقد انتقلت الى الماء في حالتين جميعا كما تقدم من
اعتبار النجاسة الحكمية فثبت فساد الماء بالامرين جميعا **وقوله** متى يصير مستعملا بيان لوقت
اخذ حكم الاستعمال فاذا زال العضو ولم يستقر في مكان اما اذا اختلفوا فيه فقال سفيان الثوري وابراهيم
النخعي وبعض مشايخ بلخ وهو اختيار الطحاوي انه لا يصير مستعملا وذهب اصحابنا الى انه كما زايل
العضو صار مستعملا حتى لو اصاب ثوبه تنجس وكذا لو انتهى في مسح راسه فاخذ من لحيته ماء ومسح به
راسه لا يجوز واختاره المصنف رحمه الله وقال الا المتحيز انه كما زايل العضو على الكائن فهو مستعمل كما في
المغتسل كما يقول [illegible] خرجت من البيت فرايت زيدا ان فاجأتك رؤية زيد ومعناه يصير الماء مستعملا
زوال بعض العضو وقت [illegible]
توقف الى وقت الاستقرار في مكان وهو اسناد الفعل الى الزمان فيكون مجازا عقليا **وقوله**
لانه سقط حكم المستعمل في المنديل والثياب للحرج وهو مناقض لاصل المذهب [illegible] ولكن
المختلفون [illegible] حكم يحتمل عند المزايلة عن العضو في الجميع ولا حرج فيه اذ المختار [illegible] الا قال
للفتوى انه طاهر غير طهور والجنب اذا انغمس في البير [illegible] اذا لم تكن على بدنه نجاسة انغمس لطلب الدلو
لم يطهر فلم ينجس الماء عند ابي يوسف وطهر الرجل فلم ينجس الماء عند محمد ولم يطهر ونجس الماء عند ابي حنيفة

رضي الله عنهم وقيد بقوله لطلب الدلو لانه لو انغمس للاغتسال للصلاة فسد الماء عند ابي يوسف في بقاء
الرجل نجسا لان الصب عنده شرط لان القياس يقتضي التطهير بالغسل انتجس الماء باول الملاقاة وانما يحصل
ضرورة خروج المكلف عن الامر بالتطهير والماء الجاري اقرب الى ذلك لعدم استقرار ورود الصب
بعد لنيته فيشترط تحصيلا للمامور به بقدر الامكان وهذا الشرط لم يوجد فيما نحن فيه ولا انتفائه
يستلزم انتفاء المشروط وفي بقاء الماء طاهرا لانه سبب استعماله احد الامرين اسقاط الفرض ونية
القربة كما تقدم ولا سبب له غيرهما وقد انتفيا جميعا فينتفي الحكم **فان قيل** انتفاء اسقاط الفرض
ممنوع فانه يسقط عنه وان لم ينو غيره فيسقط فيه يصير الماء مستعملا لكونه احد الامرين **اجيب**
بانه يرى اصله في هذه المسئلة ضرورة الحاجة الى الطلب للدلو فلو سقط الفرض بنجس وفسد الغرض ...
ولا يخفى على محمد رحمه الله في طهارة الرجل لعدم اشتراط الصب فانه اذا لم يكن شرطا لا يستلزم انتفاؤه
انتفاء الحكم وفي طهارة الماء لعدم نية القربة فان السبب عنده ليس الا اقامة القربة بالنية ولم
توجد فكان هذا السبب متعينا كالسبب في ولد المغصوب فينتفي الحكم بانتفائه وعن ابي حنيفة رضي
الله عنه في نجاسة الماء اسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة فان الماء يصير به مستعملا وان لم
توجد النية لانها ليست بشرط لسقوط الفرض وفي بقاء الرجل نجسا لبقاء الحدث في بقية الاعضاء
وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل لان النية لما لم تشترط لسقوط الفرض عنده سقط
الفرض بلا نجاسة فصار الماء مستعملا والرجل متلبس به فتنجس بنجاسته وعنه ان الرجل طاهر لان
الماء لا يعطى حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه لكونها اكثر مناسبة لاصله
فعلى الاول قالوا لا يجوز له الصلاة ولا القراءة وعن الثاني يجوز له القراءة دون الصلاة وفيه
نظر وعن الثالث يجوز كلاهما ... قول ابي يوسف ولم يوسطه كما هو حقه لزيادة احتياجه الى
البيان بسبب تركه اصله كما بينا **قوله** وكل اهاب دبغ فقد طهر يتعلق بدباغ الاهاب
ثلاث مسائل طهارته وهي تتعلق بكتاب ... الصلاة فيه وهي تتعلق بكتاب الصلاة والوضوء
منه بان يجعل قربة وهو يتعلق بفصل الماء ... قال والصلاة فيه بان يجعل ثوبا ولم يقل عليه بان
يجعل مصلى لان الحكم فيهما واحد لان البيان في الثوب بيان في المصلى لزيادة الاشتمال ولانه منصوص
عليه بقوله تعالى وثيابك فطهر وطهارة المكان ملحق به بالدلالة وانما ذكر الحكمين الاخرين وان
كان يفهم ذلك من الاول لجواز ان يعتقد ... فانه يقول يطهر ظاهره دون باطنه فيصلي عليه وانما
قدم الخنزير على الادمي لان الموضع موضع اهانة لكونه في بيان النجاسة وتاخير الادمي في ذلك اولى
واستدل على الطهارة دون الحكمين الاخرين لان ثبوتها يستلزم ثبوتهما بقوله صلى الله عليه وسلم ايما اهاب
دبغ فقد طهر وهو بعمومه لكونه نكرة اتصفت بصفة عامة حجة على مالك رحمه الله في جلد
الميتة فانه يقول بانه لا يطهر لكنه ينتفع به في الجامد من الاشياء دون المائع فيجعل جرابا للحبوب دون
السمن والخل ونحوهما **فان قيل** جلد الخنزير والادمي خارج عن عمومه فيجوز ان يخص منه جلد الميتة
بالقياس عليه او بقوله صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب **اجيب** بانه قياس فيه
ابطال النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ايما اهاب دبغ فقد طهر الحديث وتحقيقه ان الجلد الطاهر
ليس مما نحن فيه بالاتفاق وجلد الادمي والخنزير كما كان على ما سنذكره ولو خرج جلد الميتة ايضا
لزم ابطال النص بالقياس وذلك باطل والنهي عن الانتفاع باهاب وهو اسم لجلد غير مدبوغ كذا قال الخليل
والاصمعي وليس ذلك خلاف ما في عمومه قوله في اهاب دبغ يجوز تخصيصه ولا تعارض بينهما لاختلاف المحل **وقوله**
حجة على الشافعي عطف على قوله على مالك فان الشافعي رحمه الله يقول بعدم طهارة جلد الكلب

بالدباغ

بالدباغ وتخصيص الكلب قول الشافعي لما ذكر في الاسرار وذكر في المبسوط ان كل ما لا يؤكل لحمه لا يطهر جلده
بالدباغ عند الشافعي قياسا على جلد الخنزير والادمي وعلى هذا لا فائدة في تخصيصه **وقوله** وليس
الكلب بنجس العين جواب عن قياس قول الشافعي الكلب على الخنزير ولم يذكره في الكتاب واختلفت
الروايات في كون الكلب نجس العين فمنهم من ذهب الى ذلك قال شمس الائمة في مبسوطه والصحيح من
المذهب عندنا ان عين الكلب نجس اليه يشير محمد في الكتاب في قوله وليس الميت باخس من الكلب
والخنزير **فقيل** والاصح انه ليس بنجس العين لانه ينتفع به حراسة واصطيادا ولو كان نجس العين
كذلك ولا يشكل بالسرقين فانه نجس العين لا محالة وينتفع به ايقادا وغيره ...
كالدهن بحكم الاراقة وهو مختار المصنف **وقوله** علاف الخنزير متصل بقوله الا جلد الخنزير لانه
نجس العين اذ الهاء في قوله فانه رجس منصرف اليه لقربه **فان قيل** المقصود بالذكر في الكلام هو
المضاف فيجب ان يرجع اليه الضمير رجوعا الى المضاف اليه كقوله تعالى والذين ينقضون عهد
الله من بعد ميثاقه قيل فان المتحجون انه يرجع الى كل من المضاف والمضاف اليه ورجوعه الى المضاف اليه
فيما نحن فيه اولى لكونه اشمل للاجزاء واحوط في العمل لان الضمير ان رجع الى اللحم فحرم عينه وان رجع
الى المضاف لا يحرم فيحرم احتياطا وذلك برجع الضمير الى المضاف اليه **وقوله** وحرمة
الانتفاع باجزاء الادمي متعلق بقوله والادمي ومعنى كلامه الا جلد الخنزير فانه لا يطهر بالدباغ
لنجاسة عينه وجلد الادمي لكرامته لئلا يتجاسر الناس على من كرم الله بابتذال اجزائه فخرجا عما
رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم ايما اهاب دبغ فقد طهر الحديث **فان قلت** ما خرجوه
عن المروي اهو تخصيص فيحتاج الى مخصص مقارن على ما هو المذهب ام نسخ فيحتاج الى ناسخ
متأخر **قلت** عدم طهارتهما ثابت بالكتاب فان كان متأخرا عن الحديث فهو ناسخ لا محالة وان
كان متقدما عليه ... في الشرع وخبر الواحد لا يعارضه فضلا ان ينسخه وان كان
مقارنا كان مخصصا والخروج عن حكم الحديث ثابت في الجميع فعبر بقوله فخرجا **وقوله** ثم ما يمنع
النتن والفساد بيان لما يدبغ ذكره باستطراد ذكر الدباغة قال محمد في الاثار اخبرنا ابو حنيفة
رضي الله عنه عن حماد عن ابراهيم قال كل شيء يمنع الفساد من الجلد فهو دباغ قيدنا والتشميس والتتريب
لان المقصود وهو منع الفساد بازالة الرطوبات النجسة يحصل بها فلا معنى لاشتراط غيرها من قرظ
او عفص او شث او نحوها كما شرطه الشافعي رحمه الله وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة قيد
بالذكاة الحاصلة ممن هو اهل بالتسمية فان ذكاة المجوسي ليست مطهرة وذكر الضمير في لانه لان
الذكاة بمعنى الذبح وانما يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة لانه يمنع من اتصالها
به والدباغ مزيل بعد الاتصال فالاولى ان يكون مطهرة **وقوله** وكذلك يطهر لحمه اي لحم
ما ذبح حتى اذا صلى ومعه من لحم الثعلب المذبوح اكثر من قدر الدرهم جازت صلاته ...
وقوله هو الصحيح احتراز عما قاله في الاسرار وغيره ان لحمه ... فيما يصلح الا كلامه
دليل النجاسة ولا يلزم من طهارة الجلد مع اتصال اللحم به **فاجابوا** ... بان بين اللحم والجلد
جلدة رقيقة تمنع مماسة اللحم الجلد الغليظ فلا ينجس والذي اختاره المصنف ... صححه
هو المنقول ... صاحب التحفة وذلك لان الجلد يطهر باتفاق الروايات عن اصحابنا واللحم
متصل به فكيف يكون نجسا وملاقاة النجس الطاهر منجسة فكيف بالاتصال الذي لا يزول
الا بالسكين وما قيل من الجلدة الرقيقة متوهم وعلى تقدير تحققه فاما ان يكون طاهرة
او نجسة ولا تجس عند السلخ بين الجلدة واللحم امر ثالث لا محالة فهي اما متصلة باللحم او الجلد

فان كانت متصلة باللحم فليس يتصور ان يكون طاهرة واللحم نجس فيكون نجسة والجلد الغليظ متصل به اتصالاً فلا يكون طاهراً لكن الغرض انه طاهر وان كانت متصلة بالجلد فليس يتصور ان تكون نجسة والجلد طاهر فيكون طاهرة واللحم متصل به اتصالاً فكيف يكون نجساً وذلك واضح لا يخفى على المتامل فعلم ان الذي حمل المصنف على تصحيح رواية طهارة اللحم **وقوله** عن قولهم ان الحرمة فيما تصلح للاكل لا للكرامة دليل النجاسة انه مسلم ولكن علة النجاسة هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت كما تقدم وهي علة متعينة قد انتفت هاهنا بالذبح فينتفي النجاسة كما قلنا في الذا المعضوب **وقوله** وشعر الميتة وعظمها وعصبها طاهر وذكره باعتبار انه اذا وقع في الماء هل يجوز به الوضوء ام لا عندنا يجوز الوضوء لكونها طاهرة وقال الشافعي رحمه الله ان كلا منهما نجس لانه اي كل واحد منهما من اجزاء الميت والميت نجس بجميع اجزائها **قلنا** لا نسلم ان كل جزء من الميت نجس بل النجس منه ما كان فيه حيوة زالت بالموت وهذه شيئاً لا حيوة فيها حتى لا يتالم بقطعها الحيوان فان قطع قرن البقر وجز صوف الغنم كذلك فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحيوة وهذا يشير الى ان الحيوة والموت تقابل العدم والملكة وقال بعض المتكلمين هما صفتان وجوديتان لقوله تعالى خلق الموت والحياة والمخلوق لا يكون عدمياً **واجيب** بان المراد بالخلق التقدير والعدم مقدر ولا يقال ما ذكرتم من الدليل ليس بدليل في مقابلة النص لان الله تعالى قال من يحيي العظام وهي رميم ولا يخفى دلالته على ان في العظم حيوة لان المراد به من يحيي صاحب العظام وسعى الانتقال وعظمه طاهر وقال الشافعي رحمه الله نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه مع امكان الانتفاع به كالخنزير وقلنا ان الحرمة لا للانتفاع بل للكرامة فلا يدل على نجاسته وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم حلق شعره وقسمه بين اصحابه وذلك دليل الطهارة والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل في البئر

لما ذكر حكم الماء القليل انه يتنجس كله عند وقوع النجاسة فيه حتى يراق كله وزعم ماء البئر منها في انه لا ينزح كله ببعض الصور فذكر ماء البئر بعنيه لانه يزيد فصلاً على حدة بيانا لا لوجه المخالفة **قوله** واذا وقعت فيه نجاسة نزحت قيل نزحت البئر ماؤها بحذف المضاف لعدم الالتباس لما ان نزح عين البئر غير ممكن ونزح النجاسة لا يتم جواب المسئلة فتعين ما قلنا والتانيث باعتبار الاسناد الظاهري **قوله** وكان نزح ما فيها من الماء دليل ما قلنا فكان من قبيل اطلاق اسم المحل على الحال كقولهم جرى النهر كذا في النهاية وفيه نظر لانه يحتمل ان يكون لاخراج النجاسة ذكره لا يطهر البئر الا باخراجها وعن هذا ذهب بعض الشارحين الى ان ضمير نزحت النجاسة وحيث اذا هو المجموع من قوله نزحت الى قوله طهارة لها واقول التركيب الجملي على هذا التقدير ان يقال نزحت النجاسة والماء جميعاً وكان نزح ما فيها من الماء الى اخره ولو جعلنا نزحت في الحقيقة مسنداً الى ما حتى يعود المعنى نزحت ما في البئر بالنسبة الى النجاسة والماء جميعاً وكان من باب جرى النهر اندفع ذلك كله **وقوله** وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها اشارة الى انه يطهر بمجرد النزح من غير توقف على غسل الاحجار ونقل الاوحال والمراد في التلة الصحابة ومن بعدهم رضي الله عنهم اجمعين ومسائل الابار مبنية على اتباع الآثار دون القياس لان القياس احد الامرين اما ان لا يطهر البئر اصلاً لتنجيس الاوحال والجدران والماء لا يخلو عنها وانا اقابع المائح من اشغاله لكونه كالماء الجاري وانا تركنا القياس واتبعنا الآثار **وقوله** وان وقعت اشارة الى ما يخرج من البئر بحسب ما يقع فيه من النجاسة **وقوله** وجه الاستحسان هو الحكم الاستحسان وهو الضرورة على ما ذكرنا ولا فرق على هذا الوجه بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث الفرس والحمار وخثي البقر والجاموس وبعرها بل والغنم لشمولها

الضرورة المذكورة لكن يفرق بين آبار الامصار والفلوات فان آبار الامصار لها رؤس حاجزة والروث والاخثاء البقر شيء صلب وعلى ظاهرها رطوبة الامعاء لا يتداخل شيء من اجزائها وعلى هذا لا يفرق بين آبار الامصار والفلوات ويفرق بين الصحيح والمنكسر لحكم النجاسة فينسد البعر والروث والخثي لا ان الروث والخثي لا صلابة لهما فيتداخل في اجزائهما فيتنجس الماء واذا عرفت هذا فاعلم ان اختلاف ابن المشايخ يجعل الكل غير متقيد وجعل بعضه يتقيد ذلك بعض مرجع الى وجهي الاستحسان **وقوله** لا ضرورة في الكثير هو ايضاً على الوجه الاول ولكن الوجه الثاني يقتضي عدم التفرقة بين القليل والكثير والصلوبة والانكسار لان الجميع موجود **وقوله** وهو ما يستكثره الناظر اشارة الى ما هو المختار عنده في حد الكثير فان منهم من قال الكثير يغطي وجه ربع الماء وقيل ان لا تخلو دلو عن بعرة وقال الامام السرخسي ذكر البعرتين اشارة الى ان الثلث كثير كما قال وعليه الفتوى لان ابا حنيفة رضي الله عنه لا يقدر شيئاً بالرأي في مثل هذه المسائل التي يحتاج الى التقدير فكان هذا موافقاً لمذهبه فلهذا قال وعليه الاعتماد **وقوله** يرمي بالبعرة ويشرب اللبن معناه لا يتنجس اذا رميت قال شيخ الاسلام في مبسوطه لا ينجس اذا رمت من ساعتها ولم يكن لها لون لمكان الضرورة لان من عادتها انها تبعر عند الحلب والضرورة اثر في اسقاط حكم النجاسة **وقوله** عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه اي الماء بمنزلة الروث في عدم التنجس بالبعر والبعرتين كالبئر اذا وقع منها خرء الحمام والعصفور طاهر عندنا وقال الشافعي انه نجس لان الناس لانه عمل الى نتن وفساد فاشبه خرء الدجاج ولنا ان الطبع السليم يعد على نوع من التنجيس الى نتن وفساد كالبول والغائط وهو نجس بالاتفاق واستحسن علماؤنا رحمهم الله طهارته بدلالة الاجماع فان الصدر الاول ومن بعدهم اجمعوا على اقتناء الحمامات في المساجد حتى المسجد الحرام مع ورود الامر بتطهيرها بقوله تعالى ان طهرا بيتي وقوله صلى الله عليه وسلم جنبوا مساجدكم صبيانكم فكان في ذلك دلالة ظاهرة على عدم نجاسته واصله حديث ابي امامة الباهلي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم شكر الحمامة وقال انها اوكرت على باب الغار حتى سلمت فجازاها الله تعالى بان جعل المساجد ماواها ودلالته الا ان يتنجس بالتبلد فلا يعد وجهه ان موجب التنجيس النتن والفساد وهما غير موجود وانتفاء الحكم يستلزم انتفاء العلة قال الفساد وحكم مما يوجد **قلنا** منقوض بالمني فانه قد فسد وهو طاهر وسائر الاطعمة تفسد ولا تنجس ولا انه لا يتنجس في فيه سقط الضرورة **وقوله** فاشبه الحدأة يعني في النتن دون الفساد فان بالنت فيها الى البر مكان امثال هذه المسئلة ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عند محمد ان وقع في الماء القليل لا ينجسه ويجوز الوضوء منه الا ان يغلب على الماء فيطهر بنيته عنده ان وقع قطرة منه في البئر افسدته والكثير الفاحش منه نجس عند الثلاثة لمحمد رحمه الله حديث العرنيين وقصته ما روى انس ان قوماً من عرينة تصغر قدره فاحتلا عرقات سببها قيل لمسلمة ان العرنيين تحذق في اسلمة كتوم [illegible] ان المدينة فاجتووها اي لم توافقهم فاصفرت وجوههم وانتفخت بطونهم فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يخرجوا الى ابل الصدقة ويشربوا من ابوالها والبانها فخرجوا وشربوا وصحوا فقتلوا الرعاة واستاقوا الابل فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم في اثرهم قوماً فاخذوا فقطع ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم وتركهم في شدة الحر حتى ماتوا **ووجه** الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم امرهم بشرب ابوال الابل ولو كان نجساً لما امرهم بذلك لكونه حراماً وقد قال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم **ولهما** قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه **ووجه** الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم امر بالاستنزاه من غير فصل بينما يؤكل لحمه وما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم شيع جنازة سعد بن معاذ

وكان لما شيع جنازة سعد مشى على رؤوس اصابعه من زحام الملائكة التي حضرت الصلاة عليه فلما وضع
في القبر ضغطه القبر ضغطة كادت تختلف اضلاعه فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سببه فقال انه كان
لا يستبرئ من البول ولم يرد به بول نفسه فان من لا يستنزه لا تجوز صلاته وانما اراد بولا لا يلزمه غسله عند
معالجتها **وقوله** ولانه يستحيل الى نتن وفساد فصار كالبول وقد تقدم بيانه وما رواه محمد من حديث انس
فقد ذكر قتادة عن انس نفسه كان يرى ان يكون حجة وان لا يكون فيسقط الاستدلال به **وقيل**
انه منسوخ وقد ذكرنا الحديثين في التعريف شرح اصول فخر الاسلام فليطلب ثمة قال المصنف وتأويل ما روي
انه صلى الله عليه وسلم انه عرف شفاءهم فيه وحيا ولا يوجد مثله في زماننا فلا يحل له شربه لانه لا يستيقن
بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وابو يوسف نظر الى القصة فقال يحل للتداوي ولا يحل لغيره ومحمد لما طهره
يبقى فرق بينه وبين اللبن فيحل شربه للتداوي ولغيره **قال** وان ماتت فيها فارة او عصفورة حاصل
هذه المسائل ان الحيوان الواقع في البئر لا يخلو من اوجه سبعة اما ان يكون فارة ونحوها او شاة ونحوها
وكل منها اما ان يخرج حيا او ميتا والميت اما ان يكون منتفخا او لا فان اخرج حيا ففي الفصول
كلها الا الخنزير لكونه نجس العين والكلب عند من يقول بنجاسة عينه والصحيح عند المصنف انه ليس بنجس
العين كما تقدم وان اخرج ميتا ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان الميت مثل فارة او عصفورة او صعوة
قال المطرزي الصعو صغار العصافير الواحدة صعوة والسودانية طوير طويلة الذنب تأكل الجراد وسام
ابرص الكبير من الوزغ ولم ينتفخ نزح منها ما بين عشرين دلوا الى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها قيل القاع
كبير وما دونه صغير يعني ينقص عن العشرين في الكبير ولا يزاد عليه في الصغير **وقوله** يعني بعد اخراج
الفارة لان سبب نجاسة الرجوع الفارة الميتة فيها فلا يمكن الحكم بالطهارة مع بقاء السبب الموجب للنجاسة
لحديث انس رضي الله عنه انه قال في الفارة وكذا الحكم الى ان يتناول الواحد الى الاربع وفي الخمس [illegible]
وفي العشر ينزح ما الى كله فيما روي عن ابي يوسف **وقوله** والعشرون بطريق الايجاب لما ذكرناه لان
الرواية كذا اختلف فيها اختلاف كثير وقد جاء في بعض الروايات ينزح منها في رواية ثلاثة وفي رواية اربعين فلذا قال بعضهم
اوجب عشرين وبعضهم اوجب ثلاثين وبعضهم اكثر من عشرين فاختلفنا نحن رحمهم الله الاقل
لانا لا نسلم بين القليل والكثير لعينه وما فيه استحبابا وفيه نظر لان هذا المعنى متحقق في الاثنين فلم
يتعين عشرون للوجوب والاولى ما قيل ان السنة جاءت في رواية انس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في
الفارة اذا وقعت في البئر فماتت فيها انه ينزح منها عشرون دلوا او ثلاثون هكذا رواه الحافظ ابو علي السمرقندي باسناده
والاصل انه ذكر الاقل لما يتعين جهة معنى الوجوب والاكثر يؤتى به لئلا يترك اللفظ المروي [illegible]
في العمل وهو معنى الاستحباب وفي الوجه الثاني وهو ما يكون الميت حماما ونحوها كالدجاجة والسنور ينزح منها
ما بين اربعين الى ستين وكلامه ظاهر **وقوله** وهو الاظهر **قيل** لانه الجامع الصغير من تصنيفات محمد فيكون القول
المذكور فيه هو المرجوع اليه وفي الوجه الثالث وهو ما يكون الميت فيه شاة او ادميا او كلبا ينزح جميع ما كان وكلامه
ظاهر **وقوله** في المعين بتغير الالوان [illegible] فاحتيج الى نشرها وقيل لانه ينتشر وهو رواية الحسن عن ابي
حنيفة رضي الله عنه **وقوله** ولو نزح منها بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود وهو نزح المقدار
الذي قدره الشرع قال في الاصل اذا وقع في البئر فارة فجاء بدلو عظيم يسع فيه عشرون دلوا فاستقى به مرة واحدة
تطهر البئر وهو [illegible] لان النظر الذي يعود الى البئر [illegible] عن الحسن انه لا يطهر مرة واحدة لانه
الماء معنى الجاري **وقلنا** ما قدر الشرع [illegible]
يحصل بالدلو العظيم [illegible] فان انتفخ او تفسخ فيها نزح جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في
اجزاء الماء وذلك لانه يحصل الانتفاخ والتفسخ ينفصل منه نجسه فكان كالقطرة من الدم او الخمر فينجس الماء ولهذا قال محمد

في ذنب الفارة وقعت في البئر ينزح جميع الماء لان موضع القطع لا ينفك عن نجاسة مائعة بخلاف الفارة الصحيحة الجسد
وقوله وان كانت البئر معينا يجوز ان يكون من عين الماء اذا ابلغت العيون ويجوز ان يكون اسمه من امعنت لهم
الارض اي رويت وماء معين اي جار ولا يكون فعيلا وكان ينبغي ان يكون معينة لان البئر مؤنثة انما ذكرها
على اللفظ او توهم انه فعيل بمعنى مفعول **وقوله** لا يمكن نزحها صفة **وقوله** اخرجوا لجواب المقابلة
وقوله مقدار ما كان فيها اشارة الى ان الاعتبار للماء الذي كان زمن وقوع النجاسة **وقوله** فينزح
ان قدر منها عشر دلاء حتى اذا كان طول الماء عشر قبضات فانتقص بعشر دلاء قبضة واحدة يعلم ان كل الماء
مائة دلو فينزح تسعون دلوا اخرى **وقوله** [illegible]
[illegible] لا تزيد على ثلاثمائة دلو **وقوله** ثم تعتبر الغلبة بشيء لانه متفاوتة والنزح الى ان يظهر العجز
امر صحيح في الشرع لان الطاعة بحسب الطاقة **وقوله** كما هو دأبه اي عادته فان عادته ان يفوض
مثل هذا الى رأي المبتلى به كما تقدم هو من قوله كما يستكثره الناظر وكما في جلس الغريم وحد التقادم **وقوله**
وهذا اشبه بالفقه اي بالمعنى المستنبط من الكتاب والسنة لان الاخذ بقول الغير وهو الرجوع
فيما لم يشتهر من الشرع فيه تقدير قال الله تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وكما في جزاء الصيد
حيث قال يحكم به ذوا عدل منكم هديا والشهادة حيث قال ذوي عدل منكم وشرط النصاب [illegible] في
امر الماء لان الاحكام انما تستفاد ممن له علم بها [illegible] اهل الذكر وهذا الاختيار الاخذ بقول
رجلين مروي عن ابي نصر محمد بن سلام رضي الله عنه **قال** وان وجد في البئر فارة او عصفورة او
غيرها كلامه ظاهر **وقوله** لان اليقين لا يزول بالشك فلا يحكم بالنجاسة الا زمان التيقن بوجه
الحصول لان اليقين يزول بيقين مثله وهذا هو القياس كمن رأى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته
فانه لا يلزمه اعادة شيء من الصلوات ولابي حنيفة رضي الله عنه ان لموت الحيوان في البئر سببا ظاهرا
وهو الوقوع في الماء وهو ظاهر وكل ما هو سبب ظاهر يحال الحكم عليه كمن جرح انسانا ولم يزل صاحب فراش
حتى مات يحال الموت على الجراحة لانه الظاهر وكذا [illegible] في غنمه حية فانه يحال موتها على نهشها وان
احتمل ان يكون الموت بغيره [illegible] الانتفاخ دليل تقادم العهد والحد
التقادم في ذلك ثلاثة ايام الا يرى ان من قبر دون بلا صلاة يصلى على قبره الى ثلاثة ايام ولا يصلى بعد
ذلك لانه يتفسخ في هذه المدة فيقدر بالثلاث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم
وليلة لان اقل المقادير في باب الصلاة يوم وليلة فان ما دونه ساعات لا يمكن ضبطها واما مسئلة
النجاسة فقال المعلى الى آخره ظاهر

فصل في الآسار وغيرها

لما فرغ من بيان فساد الماء وعدمه باعتبار وقوع انفس الحيوانات فيه ذكر فيما باعتبار ما يتولد منها
وهو السؤر وهو بقية الماء التي يبقيها الشارب في الاناء ثم استعير لبقية الطعام والجمع الآسار
وهي اربعة عندنا طاهر كسؤر الآدمي ومكروه كسؤر الهرة ونجس كسؤر الخنزير وسباع البهائم ومشكوك
فيه كسؤر البغل والحمار **وقوله** وعرق كل شيء معتبر بسؤره **قيل** كان الواجب ان يقول وسؤر كل شيء معتبر بعرقه
لان [illegible] عرق الآدمي كذا وعرق الكلب كذا وعرق الخنزير كذا وكان الفصل له ذكرا
للعرق لا للسؤر ولا ينتقض بسؤر الحمار فانه مشكوك وعرقه طاهر لان الشك في طهوريته لا في طهارته **وقوله**
لانهما اي اللعاب والعرق [illegible] من اللحم وانما لم يذكر لان السؤر هو ما خالطه اللعاب فكان ذكر السؤر
ذكرا له وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه كالابل والبقر والغنم ونحوها طاهر **قيل** يعني [illegible] لئلا يتخلله

سؤر الدجاجة المخلاة فانه ياكل اللحم وسؤره مكروه كما سياتي وليس بشيء لان ماكول اللحم طاهر السؤر فلا بد
من الدخول فيه **وقوله** لانه اختلط اللعاب واضح **وقوله** ويدخل في هذا الجواب الجنب لكونه آدميا
والجنابة لا اثر لها في ذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لقي حذيفة رضي الله عنه فاراد ان يصافحه
فقال اني جنب فقال صلى الله عليه وسلم المؤمن لا ينجس وبهذا يسقط ما قيل ينبغي ان يكون سؤر الجنب نجسا على
قول ابي يوسف لوجود سقوط الفرض عن فمه بشربه لانه تعليل في مقابلة النص على انه في مكان الفرد
فيسقط حكم النجاسة كسقوطه عند ادخال اليد في الاناء [illegible] والحائض لما روي عن عائشة رضي الله
عنها شربت من اناء في حال حيضها فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمه على موضع فمها وشرب والكافر
لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انزل وفد ثقيف في المسجد وكانوا مشركين ولو كان عين الكافر
نجسا لما فعل ذلك ولا يعارض بقوله تعالى انما المشركون نجس لان المراد به النجس في الاعتقاد **وقوله**
وسؤر الكلب نجس ظاهر **وقوله** فاذا تنجس لانه تنجس الماء الذي يتصل به ثابت بالدلالة فان الاجماع
لما انعقد على وجوب غسل الاناء من ولوغه ولسانه ملاق للماء دون الاناء كان دليلا على تنجس
ما يلاقيه بالطريق الاولى قيل يجوز ان يكون المراد بولوغ الكلب لحسه فيكون لسانه ملاقيا للاناء فلا يتم
الاستدلال بها والاولوية **واجيب** بان الولوغ حقيقة في شرب الكلب اشباهه المائعات باطراف
لسانه والكلام للحقيقة الى ان يصرفه عنها قرينة **وقوله** وهذا الحديث يفيد النجاسة نفي لقول مالك والعدد
نفي لقول الشافعي السبع **وقوله** ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلاث بالاتفاق **وقوله** فما يصيبه سؤره
وهو دونه اولى لان مالكا رحمه الله يقول بطهارة سؤره فلم يقل احد بطهارة بوله فاذا طهر بوله بالثلاث فلان
يطهر سؤره اولى فكان فيه نظر لان عند الشافعي بوله ودمه وسائر ما هو نجس لا يطهر الا بالغسل سبعا
ذكره في التهذيب فيجوز ان يكون ثمة رواية عنه اطلع عليها اصحابنا **وقوله** والامر الوارد بالسبع جواب عما
يستدل به الشافعي بما روى عبد الله بن المغفل انه عليه السلام قال اذا ولغ الكلب في اناء احدكم فاغسلوه سبعا
وعفروا الثامنة بالتراب بانه محمول على الابتداء [illegible] على ما روي انه صلى الله عليه وسلم
قال وعفروا الثامنة بالتراب والتعفير ليس بواجب بالاتفاق **فان قيل** يجوز ان يكون المراد بغسل الاناء
التعبد لا لازالة النجس **اجيب** بانه لو كان كذلك لوجب غسل غير موضع النجاسة كما في الحدث والواجب
هاهنا غسل موضع الاصابة بالاجماع فكان الغسل لازالة النجاسة لا للتعبد وسؤر الخنزير نجس لانه
نجس العين فكان نجسا واللعاب يتولد منه وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي رحمه الله فيما
سوى الكلب والخنزير لما مر في سؤر الخنزير [illegible] الشافعي بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان
النبي صلى الله عليه وسلم سئل فقيل انتوضأ بما افضلت الحمر فقال نعم وبما افضلت السباع كلها **وقلنا**
انه مرسل لا يصح الاحتجاج به لان داود بن الحصين لم يلق جابرا [illegible]
الجصاص ولئن صح فتاويله ان المراد به حمر الوحش وسباع الطير والمراد به الماء الكثير فهو محمول على ذلك
جمعا توفيقا بين الادلة ولم يذكر كما ان نجاسته مغلظة [illegible] عن ابي يوسف [illegible] لان الناس
اختلفوا في سؤر ما لا يؤكل لحمه من السباع كما اختلفوا فاوجب اختلافهم تخفيفا ههنا كما اوجب هناك
وسؤر الهرة طاهر مكروه وقال ابو يوسف غير مكروه وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصغي
للهرة الاناء فتشرب منه ثم يتوضأ به وقال كيف اكره مع هذا الحديث ولهما قوله صلى الله عليه وسلم
قال الهرة سبع والمراد به بيان الحكم دون الخلقة والصورة لانه صلى الله عليه وسلم بعث لبيان الشرائع فان
قيل كان الواجب ان يقال بنجاسته اجاب بقوله الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة
وقوله لعلة الطوف فيجوز ان يكون اشارة الى ما روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت

تصلي

تصلي وفي بيتها قصعة من هريسة فجاءت هرة واكلت منها فلما فرغت من صلاتها دعت جارات لها
فكن يتحامين من موضع فمها فمدت يدها واخذت من موضع فمها وقالت سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول الهرة ليست بنجسة انها من الطوافين والطوافات عليكم فالكن لا تاكلن **فان
قيل** حديث ابي هريرة يدل على النجاسة فهو محرم فهلا يرجح **فالجواب** ان حديث ابي هريرة مأول
وهذا حديث عائشة رضي الله عنها فيقوى حديث عائشة بقوة حالها وقوة دلالته فعارض
المحرم وحملنا رواه ابو يوسف من اصحابنا لا ناكلها قبل التحريم **وقوله** ثم قيل كراهته لحرمة
اللحم هو قول الطحاوي وهو كراهة تحريم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهو كراهة تنزيه قيل وهو الاصح والاقرب الى موافقة الاثر **وقوله**
ولو اكلت يعني الهرة [illegible] ظاهر **وقوله** والاستثناء على قول ابي حنيفة وابي يوسف يعني قوله الا اذا مكثت
ساعة لغسل فمها بلعابها لانهما يجوزان ازالة النجاسة بالمائعات الطاهرة ولكن الصب
شرط عند ابي يوسف للتطهير في العضو ويسقط ههنا للضرورة **قال** وسؤر الدجاجة
المخلاة مكروه المخلاة هي الجائلة في عذرات الناس والمحبوسة بخلافها والمحبوسة على وجهين
احدهما ان تكون محبوسة في بيت نفسها والثاني ان تكون محبوسة للسمن وتكون رأسها وعلفها
وشربها خارج البيت والاولى تجول في عذرات نفسها والمحبوسة دون الثانية وانما قيد بقوله
بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدمها اشارة الى الوجه الثاني فانها اذا كانت كذلك وقع
الامن عن مخالطة النجاسة بخلاف غيرها **وقوله** وكذا سؤر سباع الطير معطوف على قوله سؤر
الدجاجة المخلاة لكونه داخلا في حكم الكراهة وفي القياس نجس اعتبارا بسباع الوحش **وجه**
الاستحسان انها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف بخلاف سباع البهائم فانها تشرب بلسانها
وهو رطب بلعابها واستدل المصنف على كراهته بما يشبه المخلاة وهو اكل الميتات الحاق لها
بها وعن ابي يوسف انها اي سباع الطير اذا كانت محبوسة ويعلم صاحبها انه لا قذر على
منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية قال ابو الليث روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة
انه قال ان كان هذا الطير [illegible] مثل البازي والشاهين ونحو ذلك فلا يكره الوضوء منه **وقوله**
وسؤر ما يسكن البيوت طاهر **وقوله** والتنبيه على العلة في الهرة قيل معناه وبقي التنبيه على
العلة التي هي ثابتة في الهرة **وقيل** هو جواب سؤال تقديره ما الذي دلكم على كون الطواف علة
لسقوط النجاسة **ووجهه** ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم علل لسقوط النجاسة عن سؤر الهرة
الهرة بعلة الطواف بقوله صلى الله عليه وسلم انها من الطوافين عليكم والطوافات دفعا للحرج وقد
وجد الطواف في سواكن البيوت ازيد مما في الهرة فان الحية اذا [illegible] لا يمكن ان يدخل الهرة فيه
واما سواكن البيوت كالحية والفارة فانها يمكن منعها عن الطواف فكان تنبيها على سقوط النجاسة
منها بطريق الاولى وكان العلامة الكردري يقول الله تعالى علل بقوله عليكم بعضكم على بعض فاستدل النبي
صلى الله عليه وسلم في سؤر الهرة بتعليل الله تعالى [illegible] على سقوط النجاسة ثم استدل ابو
حنيفة رضي الله عنه بتعليله صلى الله عليه وسلم في سؤر الهرة على سقوط نجاسة سؤر سواكن
البيوت لعلة الطواف **وقوله** وسؤر البغل والحمار مشكوك فيه وقال هذه عبارة اكثر المشايخ وابو
طاهر الدباس انكر ان يكون شيء من احكام الله تعالى مشكوكا فيه وقال سؤر الحمار طاهر لو غمس فيه
الثوب جازت الصلاة معه الا انه محتاط فيه فامر بالجمع بينه وبين التيمم والمشايخ قالوا الاشكال
التوقف لتعارض الادلة والشافعي جعله طاهرا وطهورا لان كل حيوان ينتفع بجلده فسؤره طاهر
عنده واختلفت [illegible] في ان الشك في طهارته او طهوريته [illegible] لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب

اللعاب

لانه اختلط الثاني الوارد بالماء وقيل في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل رأسه
يعني نعينا مسح الرأس بسوره بعد ما كان الشك في طهارته لوجب واما غسل الرأس لا مرة من الاعضاء
ثم حيث [illegible] على [illegible] وقوله وكذا البغل طاهر ولا يؤكل قيل هذا ليس بظاهر الرواية
وانما هو نجس والمذكور في الكتاب لشاهد رواية عن محمد وقوله وعرقه لا يمنع جواز الصلاة وان
فحش هو احد الروايات عن ابي حنيفة رضي الله عنه ففي رواية هو نجس نجاسة غليظة وفي رواية
نجاسة خفيفة والمشهور هو المذكور في الكتاب قال القدوري عرق الحمار طاهر في الروايات المشهورة
وقوله فكذا سؤره يعني ان اللبن والعرق والسؤر يتولد كلها منه فاذا كان طاهرين كان السؤر كذلك
وقوله وهو الاصح اي القول بان الشك في طهوريته اصح وقوله نص محمد على طهارته وهو ما روي
عن محمد انه قال [illegible] غمس فيه [illegible] وهو سؤر الحمار بالماء المستعمل ولبن الاتان وبولها وكل
لحمه وقوله وسبب الشك تعارض الادلة اختلف المشايخ في سبب الشك في سؤره فمنهم من قال
~~هو تعارض الادلة اختلف المشايخ في سبب الشك في سؤره فمنهم من قال هو تعارض الادلة [illegible]~~
المشايخ في سبب الشك في سؤره فمنهم من قال هو تعارض الادلة في اباحته وحرمته فانه روي
ان غالب بن ابجر سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لم يبق لي مال الا حميرات فقال صلى الله عليه وسلم
كل من سمين مالك وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال شيخ الاسلام
هذا لا يقوى لان لحمه حرام بلا اشكال لانه اجتمع فيه المحرم والمبيح فغلب المحرم كما لو اخبر عدل بان
هذا اللحم ذبيحة مجوسي والاخر انه ذبيحة مسلم فانه لا يحل اكله لغلبة الحرمة فكان لحمه حراما بلا اشكال
ولعابه متولد منه فيكون نجسا بلا اشكال وفيه نظر لانه يشكل بنجاسة لبنه وقد تقدم من قول المصنف
انقطاعه والجواب بالالتزام فانه في ظاهر الرواية نجس كما تقدم ومنهم من قال اختلاف الصحابة رضي
الله عنهم في طهارته فانه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يكره التوضي بسؤر الحمار والبغل وروي
عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال لا باس بالتوضي به فلم يترجح احد القولين على الاخر فاوجب شكا قال
شيخ الاسلام هذا لا يقوى لان الاختلاف في طهارة الماء ونجاسته [illegible] لا يوجب
الاشكال كما في اناء اخبر عدل بانه طاهر واخر انه نجس فان الماء لا يصير مشكلا وان اختلفا في طهارته
ونجاسته وقد استوى الخبران فكذا هاهنا قال والاصح ان دليل الشك هو التردد في الضرورة لان الاتان
دون ضرورة الهرة والفارة لدخولهما المضايق دون الحمار وغير الحمار لم يكن ضرورة [illegible] كما في السباع في الحكم
بالنجاسة بلا اشكال ولو كانت الضرورة كضرورتهما كان مثلهما في سقوط النجاسة فالبرهان لا يثبت قطعا
للتعارض ووجب المصير الى الاصل والاصل شيئان الطهارة في جانب الماء والنجاسة في اللعاب لان
لعابه نجس كما بينا وليس احدهما اولى من الاخر فبقي الامر مشكلا نجسا من وجه طاهرا من وجه
فكان اشكال سؤره عند علمائنا بهذا الطريق لا لاشكال الحرمة ولا لاختلاف الصحابة في سؤره هذا حاصل
ما نقله صاحب النهاية عن شيخ الاسلام وفيه بحث لان [illegible] لا باس [illegible] عليها وهي ان نجاسة اللعاب
ههنا كما بين طهارة في اللحم ونجاسته وقد قال المصنف في اول هذا الفصل وهو المعتبر في الباب
ولا يخلو اما ان يكون المراد بالنجاسة قبل الذبح او بعده فان كان الاول كانت الشاة مساوية للكلب في ان
لحم كل واحد منهما نجس بالمجاورة وان كان الثاني فكذلك لان لحم كل واحد طاهر بعد الذبح وذلك يقتضي ان يكون
الطهارة او النجاسة وحلها الى ان المراد باللحم الطاهر المتولد منه اللعاب ما يحل اكله بعد الذبح وبالنجس
ما لا يحل لانهما اشتركا في النجاسة التي تجري بالدم المسفوح قبل الذبح فان الشاة لا تؤكل اذا ماتت حتف
انفها واشتركا في الطهارة بعد الذبح لزوال النجس وهو الدم فلا فرق بينهما الا ان الشاة تؤكل بعد الذبح دون

الحمار وقد دل الدليل على طهارة سؤر الشاة دون الكلب فلا فرق بينهما الا في الطاهر المختلط اللعاب
المتولد من اللحم فعلم من هذا ان اللعاب المتولد من لحم ماكول اللحم بعد الذبح طاهر بلا كراهة دون
غيره واضافة الحكم الى الفارق صيانة لحكم الشرع عن المناقضة ظاهر هكذا لما سنح لي والله اعلم
بالصواب وقوله وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه اي سؤر الحمار والبغل نجس وقوله ترجيحا
للحرمة والنجاسة تجوز ان يكون الحرمة متعلقة بتعارض الادلة والنجاسة متعلقة باختلاف
الصحابة ويجوز ان يكون معناه ترجيحا للحرمة لان المحرم مرجح والنجاسة لانه اذا ترجح النجاسة
ايضا لامتناع الطهارة مع الحرمة وقد يستشكل بما اذا اخبر عدل بحل الطعام واخر بحرمته فانه يترجح
الحل وبما اذا اخبر عدل بطهارة الماء واخر بنجاسته يترجح الطهارة والجواب بان السائل عن
التحري بالحل من جهة الدليل فاما ادلة الشرع في حل الطعام وحرمته فتوجب الترجيح بالدليل
وهو تعليل الذي هو خلاف الاصل على ما عرف في الاصول والعمل بالاحتياط والجواب عن
علم المانع وكذلك تعارض الخبرين يوجب تردد العمل بالاصل لوقوع الشك في اختلاط النجاسة
بعد ان الاصل عدمه فبقي الماء على اصله وهو الطهارة وطعامهم لا يعد بخلط اللعاب المتولد من
اللحم الذي يتيقن وقد ترجح جهة الحرمة فيه باتفاق الروايات عن اصحابنا وهي مستلزمة للنجاسة
على ما بينا فيجب ترجيح النجاسة بهذا الدليل وقوله والبغل من نسل الحمار طاهر وقوله
قال محمد عندهما طاهر وقوله ولنا ان المطهر احدهما يعني ان المطهر في الواقع اما السؤر او
التراب فان كان الاول فلا فائدة في استعمال الثاني تقدم او تأخر وان كان الثاني فلا يضر العدم
والتأخير فوجب الجمع دون الترتيب والضمير في فيه يرجع الى قوله يتوضأ ويتيمم بهما في قول محمد
رحمه الله وقوله وسؤر الفرس طاهر عندهما معناه طاهر وقوله في الصحيح احتراز عن
الروايات الباقية فانه ذكر في المحيط في سؤر الفرس عن ابي حنيفة اربع روايات في رواية قال احب
الي ان يتوضأ بغيره وهو رواية البلخي عنه وفي رواية الحسن عنه انه مكروه كلحمه
وفي رواية هو مشكوك كسؤر الحمار وفي رواية كتاب الصلاة هو طاهر وهو الصحيح قال
فان لم يجد الا نبيذ التمر لما ذكر نبيذ التمر في فصل الاسآر لان له شبها خاصا بسؤر الحمار والبغل
على قول محمد فانه يقول يضم التيمم الى الوضوء به في نفسه فاما الاول فهو الوقت الذي يجوز
فيه التيمم واليه اشار بقوله فان لم يجد الا نبيذ التمر يعني اذا عدم الماء المطلق واما الثاني فقد
اختلف فيه وقد روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه ثلث روايات ذكر في الجامع الصغير انه
يتوضأ به ولا يتيمم ولو عكس لم يجز والجمع بينهما مستحب والثالثة هي ما روى نوح بن
ابي مريم والحسن بن زياد انه يتيمم ولا يتوضأ به ~~[illegible]~~ وبه اخذ ابو يوسف
اما وجه الرواية الاولى فما ذكره في الكتاب من قوله حديث ليلة الجن وهو ما روى ابو رافع
وابن المغيرة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب ذات ليلة ثم قال ليقم معي من
لم يكن في قلبه مثقال ذرة من كبر فقام ابن مسعود رضي الله عنه فحمله رسول الله صلى الله
عليه وسلم مع نفسه فقال عبد الله بن مسعود خرجنا من مكة وخط رسول الله صلى الله عليه
وسلم حولي خطا وقال لا تخرج عن هذا الخط فانك ان خرجت عن هذا الخط لم تلقني الى يوم
القيامة ثم ذهب يدعو الجن الى الايمان ويقرأ عليهم القرآن حتى طلع الفجر ثم عاد الي وقال هل معك ماء اتوضأ
به فقلت لا الا نبيذ التمر في اداوة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمرة طيبة وماء طهور واخذ وتوضأ
به وصلى الفجر ووجه قول ابي يوسف وهو قول الشافعي العمل باية التيمم فانها تنقل التطهير عند

عدم الماء المطلق الى التراب وبنبيذ التمر ان من وجهين فيكون الحديث مردودا بهما لكونهما اقوى من الحديث او هو اي الحديث منسوخ بها اي باية التيمم وقال احمد رحمه الله يتوضأ به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا لان مداره على ابي زيد مولى عمرو بن حريث وروى عنه ابو فزارة وكان نباذا وجد النبيذ ليروج على الناس من النبيذ وابو زيد كان مجهولا عند النقلة ولانه روي عن ابي عبيدة بن عبد الله بن مسعود انه قيل له هل كان ابوك مع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فقال لا ووددت ان ابي صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان مع النبي صلى الله عليه وسلم لكان فخرا عظيما ومنقبة له والعقيب ينقلها فكيف يكون ابنه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان لما خفي على ابنه وفي التاريخ جهالة فانهم اختلفوا في انتساخ هذا الحديث لجهالة التاريخ فقال بعضهم ذلك باية التيمم وقال بعضهم لم ينسخ لان اية التيمم نزلت في شان الاسفار والنبيذ يستعمل عادة فيما قرب من الامصار فيحب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة يعني انها تكررت قال في التيسير انها رسول الله صلى الله عليه وسلم دفعات فيجوز ان يكون الدفعة الثانية في المدينة بعد اية التيمم فلا يصح دعوى الحديث حتى روي بطرق مختلفة وعملت به الصحابة رضي الله عنهم كعلي رضي الله عنه وغيره انه قال الوضوء بنبيذ التمر وضوء من لم يجد الماء وروي عنه من طرق مختلفة انه كان لا يرى باسا بالوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء وروى عكرمة عن ابن مسعود انه قال لا يجوز التوضؤ بنبيذ التمر عند عدم الماء وروي عن عبد الله بن مسعود انه كان يجوز التوضي بنبيذ التمر حال عدم الماء كما ذكرنا من الهدي فيكون قولهم تمسك به فيعمل به اي بمثل هذا الحديث المشهور ليلة الجن قلنا في الباب ما يكفي للاعتماد عليه وهو رواية هؤلاء الكبار من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين **قوله** واما الاغتسال به اي بنبيذ التمر على قول ابي حنيفة فقد اختلف فيه فمنهم من جوزه اعتبارا بالوضوء لوجود المقتضي وهو وجود الحدث وعدم الماء ومنهم من لم يجوزه لان الاثار جاءت في الوضوء خاصة والغسل فوقه فلا يلحق به **قوله** والنبيذ المختلف فيه بيان الموضع الثالث ذكر في النوادر وهو انه يلقى تمرات حتى صار الماء حلوا رقيقا ولا يكون مشتدا ومسكرا وما اشتد منها وصار مسكرا لا يجوز به الوضوء بالاجماع لانه صار مسكرا حراما وان غيرته النار فما دام حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء فهو على الاختلاف وان اشتد جاز الوضوء به عند ابي حنيفة رضي الله عنه لحل شربه عنده ولم يجز عند محمد لحرمته ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة كنبيذ التمر والتين وغير ذلك لان نبيذ التمر على النحاس ثابت بالاثر على خلاف القياس فيبقى الباقي على موجب القياس ولا نعلل بعلة قاصرة وهي كونها مرطبة على البدن وصحح وجو لا نرى مثل في الحلاوة العتدلي في شرحه ذكره عن اصحابنا ان التوضي بنبيذ التمر لا يجوز مع النية كالتيمم لانه بدل عن الماء كالتيمم حتى لا يجوز التوضي به حال وجود الماء ولو توضأ بالنبيذ ثم وجد ماء ينتقض وضوءه كما ينتقض التيمم لوجود الماء والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

باب التيمم

لما فرغ عن ذكر الطهارة بالماء شرع في التيمم لانه الخلف اي يتبع الاصل ان تعقبه ابتدا بالوضوء ثم ثنى بالغسل ثم ثلث بالتيمم تاسيا بكتاب الله تعالى **فان قيل** كيف ترك التاسي بكتاب الله تعالى في تقديم المسافر وخارج المصر على المريض مع ان الله تعالى قدم المريض على المسافر في وان كنتم مرضى او على سفر اجيب بان التيمم مترتب على عدم الماء وهو فيهما حقيقي وفي المريض حكمي والتيمم في اللغة القصد وفي الشريعة

عن القصد

هو القصد الى الصعيد للتطهر فالاسم الشرعي فيه المعنى اللغوي وثبوته بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وكان نزولها في غزوة المريسيع حين عرس رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا فسقطت عن عائشة رضي الله عنها قلادة لاسماء فلما ارتحلوا ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين في طلبها فنزلوا ينتظرونها فاصبحوا وليس معهم ماء فاغلظ ابو بكر رضي الله عنه على عائشة رضي الله عنها وقال حبست رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين على غير ماء فنزلت فلما صلوا بالتيمم جاء اسيد بن حضير الى مضرب عائشة رضي الله تعالى عنها فجعل يقول ما اكثر بركتكم يا ال ابي بكر وفي رواية يرحمك الله يا عائشة ما نزل بك امر تكرهينه الا جعل الله فيه للمسلمين فرجا واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال جعلت لي الارض مسجدا وطهورا فاينما ادركتني الصلاة تيممت وصليت وقوله صلى الله عليه وسلم التيمم طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والمراد بالماء ما يكفي لرفع الحدث الذي به لان ما دونه يستوي وجوده وعدمه اذ لا يستبيح به الصلاة فكان كالمعدوم ولان الماء في قوله تعالى فلم تجدوا ماء نكرة في سياق النفي فتعم ولنا ان المراد به ما يكفي الا كان او كثيرا وذلك يقتضي ان لا يجوز التيمم الا بعد استعمال ما معه من الماء ولان الماء لا يكفي للوضوء كما في ازالة النجاسة الحقيقية كما هو مذهب الشافعي لانا نقول المراد به ما يحل به الصلاة الا ترى ان وجود الماء النجس لا يمنعه وان تناوله النكرة المذكورة والحل موقوف على ما يكفي بالاتفاق **قوله** او خارج المصر منصوبا لكونه حالا معطوفا على قوله وهو مسافر كما في قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا ويجوز ان يكون مفعولا فيه وهو رد لقول من يقول لا يجوز الا للمسافر ومعناه ويجوز التيمم لمن هو خارج المصر وان لم يكن مسافرا اذا كان بينه وبين المصر نحو الميل وقيل بعض النسخ بين المصر وهو الى نحو الميل او اكثر وفيه اشارة الى ان نفي التيمم في الامصار الا في المواضع المستثناة على ما ياتي وذكر في الاسرار لعدم الماء في الامصار جاز التيمم ايضا لان الشرط عدمه فاينما تحقق بعد وجود المقتضي جاز وعلى هذا لا يكون قوله او خارج المصر الا في حسب العادة لان عدم الماء في الامصار نادر عادة **قوله** او اكثر مستغنى عنه وهو ظاهر **ولكن** بانه تاكيد لان معنى التاكيد هو ان يستفاد من الثاني ما استغنى عن الاول وهكذا كذلك وقيل ان يتخلل العاطف يا باه وقيل ذكره نفيا لرواية الحسن عن ابي حنيفة ان الماء اذا كان قدامه فالمسافة ميلان وان لم يكن فميل وغيرهما من الروايات على ما ذكره وهو غير حسن وقيل معناه ان البعد انما يعلم حزرا وظنا فان كان ظنه ان الماء بينه وبين الماء ميلا او اكثر كان ظنه انه ميل او اقل لم يتيمم حتى يتحقق انه ميل او اكثر وفيه نظر لانه بنى كلامه على انه حزر وظن فاين يتحقق ذلك والمراد من عدم الوجدان عدم القدرة على الاستعمال للماء **وقوله** الى غير حرج للكثرة لا للغاية وجواز التيمم في الكثير من ذلك ايضا اذا لم يجد الماء **وقوله** والميل هو المختار في المقدار احتراز عن غيره من الاقوال فانه روي عن محمد رحمه الله تعالى انه يجوز التيمم اذا كان الماء على قدر الميلين وعن الكرخي انه ان كان في موضع يسمع صوت اهل الماء فهو قريب والا فهو بعيد وبه اخذ اكثر المشايخ وقد ذكرنا انفا رواية الحسن عن ابي حنيفة وروي عن محمد وزفر رحمهما الله انه ان كان بحيث يصل الى الماء قبل خروج الوقت لا يجوز له التيمم والا فيجوز به وان قرب الماء منه والميل ثلث فرسخ والفرسخ اثنى عشر الف خطوة وفسر ابو شجاع الميل بثلاثة الاف ذراع وخمسمائة ذراع الى اربعة الاف ذراع ووجه المختار انه يلحقه الحرج بدخول المصر وبالوصول الى الماء في هذا المقدار من المسافة والحرج مدفوع **وقوله** والماء معدوم حقيقة لكن يعلم بيقين ان عدمه مع القدرة عليه بالاحرى ليس يجوز له التيمم والكلام فيه ليس كذلك فالحرج فقد عدم الماء من حيث فجعلنا الحد الفاصل بين القرب والبعد ما فيه لحوق الحرج لان الطاعة بحسب الطاقة قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج **وقوله** والمعتبر المسافة دون

خوف الفوت احترازا عما ذكرنا من قول زفر قال التيمم شرع لضرورة الحاجة الى اداء الصلاة في الوقت وقد تحقق فيما نحن فيه وقلنا التفريط جاء من قبله بتأخير الصلاة فليس له ان يتيمم اذا كان الماء قريبا **وقوله** يتيمم لما قلنا يعني قوله وان كنتم مرضى **وقوله** كان الضرر في زيادة المرض الى آخره لان عين الماء ما كان ذلك الا لحرج ووقاية للنفس فكان بتطاولها كان الحرج مكنونا عن الوقاية التي هي تبع فلا يكون مذموما عن الموقف الذي هو الاصل اولى **وقوله** ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالحركة كالمبطون او بالاستعمال كالجدري والحصبة **وقوله** واعتبار الشافعي خوف التلف اي تلف نفسه او عضوه وهو اي اعتبار الشافعي مردود بظاهر النص لقوله تعالى وان كنتم مرضى فانه يبيح التيمم لكل مريض الا انه خرج لا يشتد مرضه بسببها فالاية وهو قوله تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج فالحرج انما يتحقق فيمن يشتد مرضه به والباقي يبقى على ظاهرها **فان قيل** لا نسلم اطلاق النص لتقييده بعدم **اجيب** بان العدم شرط في حق المسافر دون المريض **وقوله** ولو خاف الجنب الى آخره ظاهر ولم يذكر الحدث اذ لخوف الهلاك من الوضوء في المصر قال في الاسرار بخلاف نوادر ذكر في المحيط اختلاف الرواية فيه قيل نحوه شيخ الاسلام والمحبوب الامام الحلواني **وقال** والتيمم ضربتان قيل في قوله ضربتان اشارة الى ان نفس الضرب من التيمم فمن ضرب يده على الارض واحدث قبل ان يمسح بها وجهه وذراعيه ثم مسحهما بها لا يجوز كما لو احدث بعدما اتى ببعض التيمم فكأنه كمن احدث خلال الوضوء وذكر الامام ... كمن ملأ كفيه ماء للوضوء ثم احدث ثم استعمله واختيار لفظ الضرب دون الوضع للمبالغة في ايصال التراب الى اثناء الاصابع **وقوله** وبالاخرى يديه الى المرفقين نفي لقول الزهري فانه يمسح الى الاباط وهو رواية عن مالك ولرواية الحسن عن ابي حنيفة انه الى الرسغ وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما **وقوله** وينفض اليدين بقدر ما يتناثر التراب ان كان عليهما من غبار وغيره **قوله** بقدر ما يتناثر التراب اشارة الى انه لا يعتد به كما روي عن محمد بل ان احتاج الى النفض فعل ولا مرتين كما روي عن ابي يوسف بل انه متى ... لا يحتاج الى النفض لان المقصود هو ان لا يصير مثلة وهو يحصل بالنفض سواء كان مرة او مرتين والمثلة ما يحصل به في تبديل خلقته وتغيير هيئته سواء كان بقطع عضو او تسويد وجه وتغيره وقد حكى ابن عمر وجابر رضي الله عنهما تيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم وكيفيته ان يضرب يديه على الارض ثم ينفضهما حتى يتناثر التراب فيمسح بهما وجهه ثم يضرب اخرى فينفضهما ويمسح بباطن اربع اصابع يده اليسرى ظاهر يده اليمنى من رؤوس الاصابع الى المرفق ثم يمسح بباطن كفه اليسرى باطن ذراعه ... **وقوله** ولا بد من الاستيعاب اشترط في التيمم حتى اذا ترك شعرة لم يجز كما في الوضوء **وقوله** في ظاهر الرواية احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة ان الاكثر يقوم مقام الكل لان في الممسوحات الاستيعاب ليس بشرط كما في مسح الخف والراس **وجه** الظاهر ان التيمم خلف قائم مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والاستيعاب شرط في الوضوء فكذا فيما قام مقامه ولا الخلفية لانه لا يمسح الى المناكب والاجماع الى المنتهى وهو ذكر الاية في الكتاب والسنة ولا يلتزم آية السرقة لانه صلى الله عليه وسلم بين محل القطع بالقول والفعل بخلاف ما نحن فيه فان قيل قد دل الدليل على ان حقيقة اليد ليست بمرادة فان الباء اذا دخل المحل تعدى الفعل الى الآلة فلا يقتضي استيعاب المحل كما في الآلة الباء الصلة كما في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة فلا يقتضي بعض الجلد فيه بحثنا ذكرناه في التقرير والانوار **وقوله** والحدث والجنابة فيه سواء اي في التيمم من حيث الآلة والكيفية والآلة سواء وهو قول اصحابنا وعليه العلماء وهو المروي عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وقال بعض الناس لا يتيمم الجنب والحائض والنفساء وهو المروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم وقد رجع ... منشأ الاختلاف في تأويل قوله تعالى او لامستم النساء فحمل على المس باليد وعلى الجماع

يدخله ولو نوى الى الثاني والآخرون الى الاول لقالوا القياس انه لا يكون التيمم طهورا اباحه الله تعالى للحدث فلا يباح للجنب لانه ليس بمعناه في المعنى حتى يلحق به القياس ولكنه في معناه فيلحق به بنفي هو قال الاولون الملامسة اريد بها الجماع مجازا بسياق الاية فان الله تعالى بين حكم الحدث والجنابة في آية الوضوء ثم نقل الحكم الى التراب عند عدم الماء وذكر الحدث الاصغر بقوله او جاء احد منكم من الغائط فيحمل لامستم على الحدث الاكبر لتحصل الطهارتان والحدثان مذكورين في آية البدل كما ذكرا في آية الوضوء لئلا يلزم التكرار لان الاصغر مذكور في قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط فحمل لامستم على الحدث الاكبر لتحصل الطهارتان والحدثان مذكورين في آية البدل كما ذكرا في آية الوضوء لئلا يلزم التكرار لان الاصغر مذكور في قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط في حق التيمم فحمل لامستم عليه تكرار ولئن سلمنا ان الله تعالى شرع التيمم للحدث ورسوله صلى الله عليه وسلم شرعه للجنب ايضا كما روي ان قوما جاءوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال صلى الله عليه وسلم عليكم بارضكم والاحاديث الدالة على ذلك كثيرة منها حديث البخاري في صحيحه باسناده الى عمران بن حصين رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا معتزلا لم يصل في القوم فقال ما منعك يا فلان ان تصلي في القوم فقال يا رسول الله اصابتني جنابة ولا ماء قال عليك بالصعيد فانه يكفيك **وقوله** ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما بكل ما كان من جنس الارض **وقوله** ما يجوز به التيمم قيل كل ما يحترق بالنار فيصير رمادا كالشجر او ينطبع او يلين كالحديد فليس من جنس الارض وههنا لطيفة وهي ان الله تعالى خلق درة ونظر اليها فصارت ماء ثم تكاثف منه فصار ترابا وما لطف منه فصار نارا فكان الماء اصلا ذكره المفسرون وهو منقول عن التوراة فاذا تعذر الطهارة بالاصل انتقل الى التبع واقيم مقامه والنبات والشجر نحوه والمعدني كالحديد وشبهه ليس من الماء بل هو حتى يقوم مقامه وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الا بالتراب والرمل ثم رجع عنه الى انه لا يجوز الا بالتراب الخالص وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا هكذا فسره ابن عباس رضي الله عنه وهذا يقتضي النص عليه غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل في قوله الاول لما روينا من قوله عليكم بارضكم ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض كذا روي عن الخليل وذكر صاحب الكشاف عن الزجاج ان الصعيد اسم لوجه الارض وقال الزجاج في معاني القرآن لا اعلم بين اهل اللغة اختلافا في ان الصعيد وجه الارض وفي الصحاح عن ثعلب ان الصعيد وجه الارض قال المصنف سمي به لصعوده وهو اشارة الى انه فعيل بمعنى فاعل واذا كان كذلك فتقييده بالتراب المنبت تقييد للمطلق بلا دليل والطيب يحتمل الطاهر كما في قوله تعالى حلالا طيبا فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة او لانه لو كان التراب المنبت مرادا لجاز التيمم بنجاسة اجماعا فعلم ان الانبات ليس له اثر في الباب ويدل على ذلك قوله تعالى ولكن يريد ليطهركم **وقوله** هو مراد بالاجماع كما مر آنفا فلا يكون مرادا لانه المشترك لا عموم له ثم لا يشترط ان يكون عليه اي على الصعيد غبار يلتزق باليد فيجوز التيمم بالحجر الاملس المغسول والياقوت والفيروزج والمرجان والزمرد ... كانت ملساء لا غبار عليها عند ابي حنيفة وهو احدى الروايتين عن محمد خلافا لما قالوا من قوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا وهي رواية عن محمد اخرى وهو قول الشافعي وابي يوسف رحمهم الله لا يجوز بدونه لقوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه اي من التراب وهو كما ترى يحتمل التبعيض من الارض لكون كلمة من للتبعيض **والجواب** ان الضمير يحتمل ان يعود الى الحدث او يحمل على ابتداء الغاية ولذلك يجوز بالغبار بان نفض ثوبه او لبده مع القدرة على الصعيد عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان الغبار

ليس بتراب خالص ولكنه من التراب من وجه والمأمور به التيمم بالصعيد فعند القدرة عليه لا يجوز الاكتفاء
واما عند العجز عند الركوع والسجود ودليلهما وقوله لانه تراب رقيق فان من نفض ثوبه يتأذى جاره من التراب
فكما يجوز التيمم بالخشن منه وكذلك بالرقيق والشرط في الغبار للتيمم به اصابة الغبار مع النية فلو اصاب وجهه
وذراعيه ونوى التيمم ولكن لم يمسح به وجهه وذراعيه لم يكن متيمما والنية فرض في التيمم خلافا لزفر وهو يقول
التيمم خلف عن الوضوء وهو ظاهر لان الخلف هو ما لا يجوز الاتيان به الا عند عدم وجدان الاصل وما نحن
فيه كذلك لا محالة والخلف لا يخالف الاصل في وصفه اي وصفه الذي هو الصحة فان الوضوء بدون النية
صحيح فلو لم يصح التيمم بدونها كان الخلف مخالفا للاصل في وصفه وهو لا يجوز لخروجه عن الخلفية اذ ذاك
ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه وقد تقدم البحث فيه ومنقيل ايضا في تقرير التيمم على التعبد
والقصد هو النية وامرنا بالتيمم والامر للوجوب فيشترط النية بخلاف الوضوء فلا نية فيه ورد بالغسل
ولا دلالة لها على النية وفيه نظر لان القصد المأمور به هو قصد استعمال التراب وتفسير الرضي بالنية في
التي يتوب الطهارة [illegible] واستباحة الصلاة [illegible] فلا يلزم من كونه [illegible]
ما امر به ان يكون الاخر شرطا **وقوله** [illegible]

[illegible]

وكونه عبادة انما هو بالنية وليست بشرط عندنا فيكون اعتراض الكفر على التيمم كاعتراضه على الوضوء
واجيب بانه روي عن زفر في رواية اخرى انه اشترط نية التيمم وقبل المنافاة بينهما باعتبار
عدم الاهلية لانه شرع للصلاة والكافر للصلاة ليس باهل لها فكان فعله كفعل البهيمة فلا يكون تيممه
باطلا نوى او لم ينو ويستوي فيه الابتداء والبقاء كما مر ولنا ان الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهرا
ومعناه ان التيمم عدم بما وجد الغير فعلا فعند الكفر لا يكون التيمم موجودا حتى يبطل بوجود ما
ينافيه بل الباقي صفة كونه طاهرا والكفر لا ينافيه فاعتراضه عليه كاعتراضه على الوضوء واما
لا يصح من الكافر ابتداء لعدم النية منه وليس البقاء كذلك لوجودها فان قيل الردة تحبط العمل لقوله
تعالى ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله والوضوء والتيمم من عمله فكيف يبقيان بعد الردة اجيب
بان الردة تحبط ثواب العمل دونه وذلك لا يمنع زوال الحدث كمن توضأ رياء فانه يرتفع حدثه وان
كان لا يثاب على وضوئه **قوله** وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء قد تقدم ان التيمم خلف عن الوضوء
ولا شك ان الاصل اقوى من الخلف فما كان ناقضا للاقوى كان ناقضا للاضعف بطريق الاولى فكل
ما نقض الوضوء نقض التيمم وينقضه ايضا رؤية الماء عند القدرة على الاستعمال شرطا لعدم الحدث السابق
عليه عندنا والناقض حقيقة هو الحدث السابق بخروج النجس **وقوله** لان القدرة هي المراد
قد ذكرناه من قبل **وقوله** هو غاية لطهورية التراب سماه غاية من حيث المعنى اذ ليس في
لفظ الكتاب العزيز ما يدل على ذلك والمذكور في الحديث قوله صلى الله عليه وسلم ما لم تجد الماء كلمة
المدة اي ما دام انه عدم الماء ولكن معناهما يلتقيان في ان الحكم يتعدد لك الوقت يخالف ما قبله
فسمي باسم الغاية قيل لا يلزم من انتهاء طهورية التراب انتهاء الطهارة الحاصلة كما لو [illegible]
بالاستعمال ويتنهي طهوريته ويبقى الطهارة الحاصلة **واجيب** بان الطهارة الحاصلة به
صفة راجعة الى المحل وكل طهارة كذلك فالابتداء والبقاء سواء كما في الحدث وسواء كان خائفا على
نفسه او على ماله كما في شرح الطحاوي والتبيع والعطش علاجا حكما لان صيانة النفس [illegible]
صيانة الطهارة بالماء فانها بدلا ولا بدل النفس والنائم يعني بطل [illegible]
اذا كان كذلك ينتقض تيممه بالنوم فلا يتاتى هذه المسألة [illegible] تقدير الحكم عند ابي حنيفة
رضي الله تعالى عنه فينتقض به التيمم لانه عاجز عن الاستعمال بحدث جاء من قبله فلا يكون معذورا
وقيل ينبغي ان لا ينتقض عند الكل لان النائم ليس بقادر [illegible] ذكر حلاف **وقوله**
والمراد ما يكفي للوضوء يعني الماء الذي يمر عليه النائم وقد ذكرنا من قبل **وقوله** لان الطيب في
قوله تعالى صعيدا طيبا اريد به الطاهر بالاجماع كما تقدم **وقوله** ويستحب لعادم الماء الطاهر
قيل هذه المسألة تدل على ان الصلاة في اول الوقت افضل عندنا ايضا الا اذا تضمن التاخير
فضيلة لا تحصل بدونه كتكثير الجماعة وفي الصلاة بالطهارة الكاملة [illegible] ان هذا ليس مذهبنا
لاصحابنا الا ترى الى ما صرح به صاحب الهداية وغيره من المتقدمين في كتبهم بقولهم ويستحب الاسفار
بالفجر والابراد بالظهر في الصيف وتاخير العصر ما لم تتغير الشمس وتعجيل المغرب وتاخير العشاء الى
ما قبل ثلث الليل كما سيأتي **وقوله** لعادم الماء ليس احترازا من غير عادمه بل هو احتراز عن قول الشافعي
فان عنده ان عادم الماء اذا رجا ان يجده في آخر الوقت يقدم الصلاة وكذا قوله كالطامع في الجماعة
ليس احترازا عن غير الطامع بل هو الزام على الشافعي لانه مذهبه ان التأخير مستحب اذا كان طامعا في الجماعة
وتقديم قول الاصحاب في موجبات الغسل والتقاء الختانين من غير انزال ليس احترازا عن الانزال بل الحكم
الفرق بين الانزال وعدمه في الموجبية لا محالة وانما هو احتراز عن قول [illegible] **وقوله** بغير رواية

الاصول رواية الجامعين والزيادات والمبسوط ورواية غير الاصول رواية النوادر والامالي والرقيات
والكيسانيات والهارونيات **وقوله** لانه غائب الرأي كالمحقق [illegible] الله تعالى [illegible]
[illegible] فلا [illegible] الآية ووجب [illegible] العباس [illegible] قال الشيخ عبد
العزيز رحمه الله هذا التعليل مشكل لانه يقتضي [illegible] في آخر الوقت مع بعد المسافة
في الروايات الظاهرة [illegible] عليه وليس كذلك [illegible] المصر يجوز له التيمم اذا
كان بينه وبين المصر ميل [illegible] في الخلاصة [illegible] المسافر اذا كان على تيقن من وجود الماء في
آخر الوقت [illegible] التيمم اذا كان بينه وبين الماء ميل [illegible]
الصلاة [illegible] التعليل على [illegible] التيمم [illegible] رواية الاصول [illegible]
[illegible] حنيفة فلا يزول
[illegible] ظاهر الرواية وليس
[illegible]
[illegible] ظاهر الرواية [illegible] المسافة اقل من ميل [illegible]
[illegible]

المقتدي

المقتدي في صلاة العيد [illegible] فان احدث الامام او المقتدي في صلاة العيد وكان شروعه بالوضوء
تيمم وبنى عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام وذلك في حكم الصلاة
بالجماعة [illegible] الفوت [illegible] ابي حنيفة [illegible] فلا يأمن من [illegible]
[illegible] العيد [illegible] ذلك [illegible]
[illegible] الجماعة [illegible] الفوت [illegible]
[illegible] الوضوء [illegible] صلاته [illegible]
يستأنف الصلاة [illegible] بعض المتأخرين [illegible]
[illegible] اللاحق [illegible] الصلاة [illegible] التيمم [illegible]
[illegible]
[illegible] التيمم [illegible]
على التيمم ولا يتيمم لانه [illegible] الفوت [illegible] الجمعة [illegible] الظهر [illegible]
الظهر اربعا [illegible] الجمعة بالظهر [illegible] **وقوله** لانها اي الجمعة
[illegible]

رحمة الله الطلب شرط لمنه ويسره لقوله تعالى فلم تجدوا وعدم الوجدان لا يتحقق الا بعد الطلب ولنا
ان قوله تعالى فلم تجدوا يقتضي عدم الوجدان مطلقا عن قيد الطلب فيعمل بالاطلاق وهذا عادم لان الغالب
عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا حكما فان الفرض انه ليس ذلك في غالب ظنه
حتى لو غلب على ظنه ان بقربه ماء لم يجز التيمم حتى يطلبه لانه واجد نظرا الى الدليل وهو غلبة الظن لانها
قائمة مقام العلم في العبادات ولو علم ان بقربه ماء لم يجز له التيمم فكذا اذا غلب على ظنه والغلوة مقدار
رمية سهم وقيل ثلثمائة ذراع الى اربعمائة **قوله** وان كان مع رفيقه ماء طلبه منه **قوله** ولو تيمم
قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة ذكر الاختلاف في الايضاح والتقريب وشرح الاقطع بين ابي حنيفة
وصاحبيه كما ذكر في الكتاب وقال في المبسوط وان كان مع رفيقه ماء فلم يسأله لم يجزه لا على قول الحسن بن
زياد فانه كان يقول السؤال ذل وفيه بعض الحرج وما شرع التيمم الا لدفع الحرج **وقوله** ولو ابى ان
يعطيه الا بثمن المثل [illegible] على ثلاثة اوجه اما ان اعطاه بمثل قيمته في اقرب موضع من المواضع الذي
يعز فيه الماء او بالغبن اليسير او بالغبن الفاحش ففي الوجه الاول والثاني لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة
على الماء فان القدرة على البدل قدرة على الماء فيمنع جواز التيمم كالقدرة على ثمن الرقبة يمنع التكفير
بالصوم وفي الوجه الثالث جاز له التيمم لوجود الضرر فان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه والضرر في
النفس مسقط فكذا الضرر بالمال واختلف في تفسير الغبن الفاحش ففي النوادر جعله في تضعيف الثمن
وقال بعضهم ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقول الحسن البصري رحمه الله يلزمه الشراء بجميع ماله
افراط كما ان قول الشافعي رحمه الله الزيادة على ثمن المثل عذر في ترك الشراء قليلة كانت او كثيرة تفريط نظرا الى
اعتبار حرمة التلف في النفس والفصل بين الغبن اليسير والفاحش معتبر في الشرع فالمصير اليه اولى

باب المسح على الخفين

انما اعقب المسح على الخفين التيمم لان كل واحد منهما طهارة مسح اي لانهما بدلان عن الغسل او من حيث
انهما رخصة موقتة الى غاية وكان التيمم بدل الكل والمسح على الخفين بدل البعض والمسح على الخفين جائز
بالسنة اي بقول النبي صلى الله عليه وسلم والاخبار فيه مستفيضة اي كثيرة شائعة بحيث لا نحصى قوله
اما الفعل فقد رواه ابو بكر وعمر والعبادلة وجماعة كثيرة من الصحابة رضي الله عنهم انه صلى الله عليه
وسلم قال ليمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها وقال المغيرة بن شعبة رضي الله عنه توضأ
رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر وكنت اصب الماء عليه وعليه صلى الله عليه وسلم جبة شامية ضيقة
الكمين فاخرج يديه من تحت ذيله ومسح على خفيه فقلت نسيت غسل الرجلين فقال هكذا امرني ربي وعن
صفوان بن عسال المرادي رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا
ثلاثة ايام ولياليها الا عن جنابة ولكن من غائط او بول ونوم وقال الحسن البصري رحمه الله ادركت سبعين
نفرا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يرون المسح على الخفين وكثرة الاخبار فيه قال ابو حنيفة
رضي الله عنه ما قلت بالمسح حتى جاءني مثل ضوء النهار وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز نسخ الكتاب
به لشهرته وعن هذا قيل من لم ير المسح على الخفين اي لم يعتقد جوازه كان مبتدعا وقال الكرخي اخاف عليه
الكفر لان الآثار فيه جاءت في حيز التواتر ومما يدل على انه مشروع ما روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه سئل عن مذهب اهل السنة والجماعة فقال ان تفضل الشيخين ابا بكر وعمر على سائر الصحابة رضي الله
عنهم وان تحب الختنين عثمان وعليا رضي الله عنهما وان ترى المسح على الخفين وقال ابن عباس لان امسح

على ظهر عنز في الفلاة احب الي من ان امسح على الخفين وقالت عائشة رضي الله عنها لان تقطع قدماي احب
الي من ان امسح على الخفين **قلت** ما صح من رجوعهم الى جوازه اما ابن عباس فقد روى عطاء
ابن ابي رباح انه رجع الى قول العامة واما عائشة رضي الله عنها فقد صح انها قالت ما زال يمسح
رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخفين بعد نزول المائدة وروى رجوعها ايضا شريح بن هانئ
قوله ولكن من رآه ثم لم يمسح اخذا بالعزيمة كان مأجورا [illegible] قبل
هذه رواية خالفت رواية اصول الفقه فان فيها المسح على الخفين رخصة اسقاط في السفر والحرية
لا تبقى مشروعة فيه فكيف يؤجر على غير المشروع **ولقائل** ان يقول كذلك ما دام المكلف به
متخففا فاما اذا نزع خفيه او احدهما [illegible] ذلك لانها [illegible] فلا يجوز المسح حتى لا يكون ذلك
النزع وصار ذلك كمن ابطل صومه فانه سقط عنه سبب رخصة سقوط شطر الصلاة وهذا اللفظ
اعني قوله كان مأجورا [illegible] فتابعه المصنف رحمه الله قال
نعم ولعم المشروع **فان قلت** ذكر في الذخيرة ان الحسن الرستغفني سئل عن الرجل يرى المسح على الخفين
الا انه يحتاط وينزع خفيه عند الوضوء ولا يمسح عليهما فقال احب الي ان يمسح على خفيه [illegible]
[illegible] ونزع خفيه اما لنفي التهمة عن نفسه ان يكون من الروافض واما لان قوله تعالى وارجلكم
قرئ بالخفض والنصب فينبغي ان يحمل [illegible] حالة عدم اللبس [illegible] بالقراءتين فيكون عاملا بهما
قلت انما قال [illegible] احب الي [illegible] في كلام المصنف ما يدل
على ان المراد ان لا يمسح [illegible] على الدوام ونفي التهمة يحصل بالمسح احيانا فيحمل على ذلك دفعا للتدافع
قوله ويجوز من كل حدث موجب للوضوء خص الحدث بالموجب للوضوء احترازا عن
الجنابة على ما سيأتي وجعل الحدث موجبا مجازا فانه ناقض للوضوء فلا يكون موجبا لكنه شرط
لوجوبه فيضاف الايجاب اليه كما في صدقة الفطر **وقوله** بحدث متأخر اي رخصة حدث
متأخر عن الوضوء [illegible] لمانع السراية الحدث الى القدم [illegible]
والخف لبس كذلك **وقوله** ولو كان حدث سابق كالمستحاضة [illegible]
وتوضأت فانها لا تمسح [illegible] الوقت [illegible] الحدث السابق فكذلك [illegible]
لا تمسح لانه [illegible] الحدث السابق [illegible] **وقوله** بعد خروج
الوقت اشارة الى انها ان تمسح ما دام الوقت باقيا [illegible] وهو اللبس على
السيلان بان كان الدم سائلا عند الوضوء [illegible] جميعا فالحكم كذلك واما اذا كان
كذلك منقطعا وقت [illegible] اللبس جميعا فانها كالصحيحة [illegible] على طهارة كاملة
لانقطاعها [illegible] هذا التعبير في كلام القدوري [illegible] فيحتاج الى بيان
لان ظاهر كلام القدوري [illegible] **وقوله** حتى لو غسل رجليه [illegible] مما ذكر
من اشتراط اللبس على طهارة كاملة فان [illegible] باعتبار ترك الترتيب في الوضوء لا باعتبار
اشتراط الطهارة الكاملة وقت اللبس [illegible] وهو ما قاله ولو
توضأ وغسل احدى رجليه ولبس الخف [illegible] ولبس الخف ثم احدث جاز له المسح عندنا وقال
الشافعي [illegible] لا يجوز له المسح [illegible]
ويجوز [illegible] المصنف بالدليل [illegible] الترتيب [illegible] هذا النوع
على هذا الاختلاف [illegible] ما هو المذهب [illegible] الحدث بالقدم وهو
ظاهر [illegible] الحدث بالقدم [illegible] الطهارة فيه وقت المنع [illegible]

لانها لو كانت ناقضة عند ذلك كان الخف رافعا حدثا كان بالرجلين من حيث الحكم وهو مشروع مانعا لا رافعا
قلنا مثل ان يقول لا نسلم ان يكون رافعا بل يكون مانعا حلول الحدث بالقدمين الطاهرتين بالغسل فاذا انضم
اليه غسل بقية الاعضاء ارتفع الحدث بمجموع الغسلين الاول والثاني عن اعضاء الوضوء فكان مانعا
لا رافعا **والجواب** انا قد بينا ان المسح لا يجوز الا بعد طهارة بانضمامه عند حلول الحدث لزم ان
يكون الخف رافعا الحدث الحكمي الحال بالقدم لانه وان زال بالماء حقيقة لكنه باق حكما لعدم التجزي
وعن بقية الاعضاء المسح على طهارة كاملة فكان رافعا لا مانعا ولئن لم تختلف **فان قلت** هذا ناقض
ولا دافع له في كلام المصنف وكافعه او وجودها يحتاج اليه عند طريانه ما يزيلها وهو الحدث
حقيقة الا ازالة واما نحن فذلك فهي مستغنى عنها فلا فائدة في اشتراطها **قوله** يجوز للمقيم يوما وليلة يجوز
المسح للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلاثة ايام ولياليها وقال مالك رحمه الله في رواية عنه لا يمسح المقيم اصلا
وللمسافر يمسح بلا توقيت وفي رواية عنه ان المقيم كالمسافر ووجه الاولى في المقيم بان المسح للضرورة ولا ضرورة
في المقيم وفي المسافر بحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله امسح على الخفين يوما قال نعم
قلت ويومين قال نعم حتى انتهيت الى سبعة ايام قال اذا كنت في سفر فامسح ما بدا لك والثانية بما روى سعد بن ابي وقاص
وجرير بن عبد الله وحذيفة بن اليمان في جماعة رضي الله عنهم فانهم رووا المسح على الخفين ذكره علي
ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي ولنا الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم يوما
وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها رواه علي وجابر وخزيمة وصفوان وعوف بن مالك وابو بكرة وغيرهم
من الصحابة رضي الله عنهم والمشهور لا يترك بالشاذ **وقال** احمد بن حنبل رجاله لا يعرفون وقال
ابو داود وقد اختلف في اسناده وليس بالقوي وقال الدارقطني اسناده لا يثبت وقال يحيى بن معين
اسناده مضطرب وقال البخاري حديث مجهول على ان تاويله ان مراده صلى الله عليه وسلم بيان ان المسح
مؤبد الا انه لا ينزع خفيه في هذه المدة وعدم الزيادة في المقيم ممنوع فانه يلبس الخف في بيته ويخرج لحوائجه
ويشق عليه النزع قبل ان يعود الى بيته **قوله** ابتداؤها اي ابتداء مدة المسح عقيب الحدث لا من وقت اللبس كما ذهب
اليه الاوزاعي وابو ثور واحمد في رواية مستدلين بان التقدير لاجله فيعتبر من وقته وبيان ذلك فيمن توضأ عند
طلوع الفجر ولبس خفه ثم احدث بعد طلوع الشمس ثم توضأ ومسح بعد الزوال فعلى قول العامة يمسح الى ما
بعد طلوع الشمس من اليوم الثاني لان الخف مانع سراية الحدث اي وصوله الى القدم والمانع انما يكون مانعا حقيقة
عند طريان الممنوع والحقيقة اولى بالاعتبار فيعتبر المدة من عنده **وقوله** على ظاهرهما خطوطا بالاصابع وقال
الشافعي وهو قول مالك السنة مسح اعلى الخف واسفله لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
مسح اعلى الخف واسفله **وقوله** خطوطا بالاصابع منصوب على الحال بمعنى مخطوطا الخبر ابن عمر خطا فانه
يقول يثبت المسح اعتبارا بالغسل وذلك لان الخطوط انما تبقى اذا مسح مرة واحدة وكيفيته ذلك ان يضع
اصابع يده اليمنى على مقدم خفه الايمن ويضع اصابع يده اليسرى على مقدم خفه الايسر ويمدهما الى الساق فوق
الكعبين ويفرج بين اصابعه ولو وضع الكف مع الاصابع فهو كان احسن لان الدليل دل على المسح على ظاهرهما
وهو حديث المغيرة ان النبي صلى الله عليه وسلم وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما يشير
الى ذلك حيث قال وضع يده ولم يقل اصابعه وما رواه انه صلى الله عليه وسلم مسح اعلى الخف واسفله
فقد طعن فيه ائمة الحديث مثل ابي داود والترمذي وغيرهما وان صح فمعناه ما يلي الساق وما يلي الاصابع
توفيقا بين الادلة ثم المسح على الظاهر حتم اي واجب لا يجوز على باطنه وعقبه خلافا للشافعي في قول **وقوله** لانه
معدول به عن القياس لان القياس ان لا يقوم المسح الذي لا يزيل النجاسة مقام الغسل الذي يزيلها كما اشار اليه
علي رضي الله عنه بقوله لو كان الدين بالراي لكان باطن الخف اولى بالمسح من ظاهره ولكني رايت رسول الله صلى الله عليه

وسلم مسح على ظاهرهما دون باطنهما ذكره في الايضاح ... وذلك لان الخف يلاقي الارض بما عليه من طين وتراب وقذر
بباطنه لا بظاهره واذا كان معدولا به عن القياس يراعى جميع ما ورد به الشرع والبداءة من الاصابع استحباب
او يبدا من الساق جاز ايضا **وجه** الاستحباب اعتبارا بالغسل لان الله تعالى جعل الكعب
غاية وتعالى ان يقول الشرع مد اليدين من الاصابع الى اعلاهما فكان الواجب ان يكون البداءة منها
استحبابا يحيى بما هو الصادق حتم لا مستحبا على ظاهرهما فالاعتبار بما ورد به الشرع وكذلك
التقدير بثلاث اصابع على ما نذكر تركه لما فاته صلى الله عليه وسلم مكنا من الاصابع الى اعلاهما الى الساق
والخطاب ما روي انه صلى الله عليه وسلم من غزوة مكة الى الشام بحمل القروح ... افضل المسح مقدار ثلاثة
اصابع والبداءة سنة جمعا بين الادلة واما التقدير بثلاث اصابع فيما روي قوله صلى الله عليه وسلم
خطوطا بالاصابع فانه اقل الجمع ثلاثة واختلف في الاصابع فذهبت عامة مشايخنا الى انها اصابع اليد
وقال الكرخي اصابع الرجل لان المسح يقع عليه وهو اكثر الممسوح فيقوم مقام الكل كما في الحروف والاول اصح
اعتبارا لآلة المسح فانه فعل يضاف الى الفاعل الا الى المحل فيعتبر الآلة كما في الاسود ذكر ابن رستم
عن محمد انه لو وضع ثلاث اصابع وضعا اجزأه قال القدوري هذا يدل على انه معتبر باصابع اليد
هلا قال في التحفة سواء كان المسح طولا او عرضا لان قوله لو وضع ثلاث اصابع وضعا لا يتعد بشيء من
الطول والعرض **قال** لا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يروى كبير بالباء المنقوطة من تحت بالياء
المنقوطة من تحت والاول يقابله القليل والثاني يقابله الصغير **وقوله** ما يعده كان اقل من ذلك
يرجح الاول لمقابلته القليل والثاني يقابله الصغير وفي هذه المسئلة اربعة اقوال الاول شمول المنع في القليل
والكثير وهو قول الشافعي رحمه الله والثاني شمول الجواز فيهما وهو مذهب سفيان الثوري وقد
روي عن مالك رحمه الله والثالث الفصل بين القليل والكثير وهو قول الاوزاعي **وجه**
الاول وهو القياس ان الكثير لما كان مانعا كان اليسير كذلك كالحدث ووجه الثاني ان الخف يمنع سراية
الحدث الى القدم فما دام ينطلق عليه اسم الخف جاز المسح عليه ووجه الاستحسان ان الخفاف لا تخلو
عن الخرق القليل عادة فان الخف وان كان جديدا فان آثار الدروز والاشافي خرق فيه ولهذا يدخله
التراب فيلحقهم الحرج فجعل عفوا فيخلو عن الكثير ثم ما ذكره من اعتبار الرجل هو رواية الزيادات
ان الخرق اذا كان مقدار ثلاث اصابع يمنع قطع السفر انما يتحقق بالرجل فيعتبر اصابعها **وقوله** هو الصحيح
احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة ان المعتبر ثلاث اصابع من اصابع اليد لانه آلة المسح
وعما قال شمس الائمة الحلواني المعتبر في الخرق اكثر الاصابع ان كان الخرق عند اكبرها واصغرها ان كان عند
اصغرها **وقوله** لان الاصل دليل على المقدار والصغير **وقوله** ولا معتبر بدخول الانامل اذا كان
اذا كان يبدو قدر ثلاث انامل من اصابع الرجل قال بعضهم يمنع المسح واليه اشار شمس الائمة السرخسي
وقال بعضهم لا يمنع والشرط ان يبدو قدر ثلاث اصابع بكمالها واليه مال شمس الائمة الحلواني
وقال في النهاية وهو الاصح **وقوله** ويجمع الخرق في خف واحد لانه يمنع قطع السفر به ولا يجمع
في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر واضح فان قيل ينبغي ان يجمع في الخفين ايضا لان
الرجلين صار العضو الواحد في قطع المسافة ولهذا لو مد الماء من الاصابع الى العقبين كان في نظيره
حكم الاستعمال لانه عضو واحد ولو مد الماء من احدى الرجلين الى الاخرى لم يجز والحاصل ان الرجلين
شبها بعضو واحد من حيث دخولهما تحت خطاب واحد وبعضوين من حيث قطع المسافة فعملنا بالشبهين وقلنا
بعدم الجمع نظرا الى الشبه الثاني وبعدم غسل ما فيه الخرق دون الآخر نظرا الى الشبه الاول لانه يلزم
الجمع بين الغسل والمسح فيما هو كعضو واحد **وقوله** بخلاف النجاسة يعني اذا كان في احد الخفين

نجاسة قليلة في الآخر كذلك كما ذكر في الكتاب وان كان في الخف نظير النجاسة في ان المانع انكشاف العورة وقد
وجد كما ان المانع حمل النجاسة وقد وجد الربع فامتنع **ووجه** قوله لا يجوز المسح لمن وجب عليه
الغسل قيل صورته رجل توضأ ولبس الخف ثم اجنب ثم وجد ماء يكفي الوضوء ولا يكفي الاغتسال فانه يتيمم
ويغسل رجليه ولا يمسح ويتيمم للجنابة وقال شمس الائمة السرخسي الجنابة الزمته غسل جميع البدن ومع الخف
لا يتأتى ذلك بخلاف الحدث الاصغر فانه اوجب غسل اعضاء يمكن ان يجمع بينه وبين الخف وغسل بالغين
المهملة بليغ الغسل والاستدلال به ظاهر لكن يقتضي التصوير فان السلب يقتضي تصور الايجاب وقال
مولانا حميد الدين الموضع موضع النفي فلا يحتاج الى التصوير **وقوله** ولان الجنابة لا تتكرر عادة
المسح لدفع الحرج والحرج فيما يتكرر وهو الحدث الاصغر دون الجنابة **قال** وينقض المسح كل شيء
ينقض الوضوء كل ما ينقض الوضوء كما ينقض المسح لانه بعض الوضوء فلو لم ينتقض به لكان ما فرضناه ناقضا
للوضوء لم يكن ناقضا له بل يكون ناقضا لبعضه هذا خلف باطل وكذا ينقضه نزع الخف لان الحدث السابق
خروج النجاسة من بدن الانسان كان ممتنع العمل بوجود المانع وهو الخف فاذا زال المانع سرى الحدث
الى القدم وعمل عمله وهذا الذي على طريقة تخصيص العلل والخلص معلوم وكذا اذا نزع احدهما ينتقض المسح
ويجب غسل الرجلين لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وهي غسل الرجلين وقيد بالوظيفة
لانه في غيرها يجتمعان كغسل الوجه واليدين ومسح الراس والرجلين وكذا مضي المدة لما روينا من رواية
صفوان ان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام وقال ابن ابي ليلى المسح على الخفين قائم مقام غسل الرجلين ولو غسل
قدميه ولبس خفيه ثم نزع لم يجب غسل الرجلين فكذا هاهنا والجواب انه قائم مقامه شرعا في وقت مقدر
فاذا انقضى لا يقوم مقامه كطهارة التيمم **وقوله** واذا مضت المدة قيل هو تكرار لانه علم حكمه من
قوله وكذا مضي المدة **واجيب** بانه ذكره تمهيدا لما رتب عليه من قوله نزع خفيه وغسل رجليه
الى آخره **وقوله** وليس عليه اعادة بقية الوضوء احترازا عن قول الشافعي فانه يقول عليه الوضوء
لان طهارة الرجلين قد انتقضت بمضي المدة وانتقاض الطهارة مما لا يتجزى فصار كالمنتقض بالحدث
واجيب بان الحدث السابق الخارج النجس والمضي ليس كذلك وانما سرى حدث كان للقدمين خاصة
لانه غسل سائر الاعضاء وقد خرج عن ذلك سواهما فلا يجب غسلهما فقط وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
انه كان في غزوة فنزع خفيه وغسل قدميه ولم يعد الوضوء وهكذا روي عن اصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم رضي الله عنهم **وقوله** اذا نزع قبل المدة معناه ليس عليه اعادة بقية الوضوء **قوله** لان
عند النزع قبل مضي المدة والنزع قبل المدة وقد دريا انه لا فرق في نزع الخف وجواب الشافعي وطولب بالفرق
بين هذا وبين ما اذا مسح الراس ثم حلق الشعر حيث لا يلزمه اعادة المسح **واجيب** بان الشعر من
الراس خلقة فمسحه مسح الراس بخلاف الخف فانه مانع سراية الحدث الى ما تحته نزعا فاذا زال سرى الحدث
اليه وحكم النزع وهو النقض يثبت بخروج القدم الى الساق هو الصحيح وهذا هو المروي عن ابي يوسف وهو قول
الحسن بن زياد رضي الله عنه ووجهه ان الاحتراز عن خروج القليل متعذر لانه قد يحصل بدون القصد
كما اذا كان الخف واسعا اذا رفع القدم تخرج العقب واذا وضعها عادت العقب الى مكانها فلو قلنا ينتقض
المسح لكان فيه حرج بخلاف الكثير فان الاحتراز عنه ليس بمتعذر وروي عن ابي حنيفة اذا خرج اكثر العقب من موضعه
الى الساق بطل مسحه يعني اذا نزع الخف متحركا للنزع حتى زال العقب واما اذا زال باعتبار سعة الخف فلم يبطل اجماعا
دفعا للحرج كما ذكرناه ووجه قوله ان المسح انما شرع بمحل الغسل في الخف فلم يبق بزوال العقب واكثرها الى
الساق فلا يبقى المسح معمولا به وعن محمد ان بقي في القدم قدر ما يجوز عليه المسح جاز والا فلا يعني اذا قصد النزع كما ذكرنا
اعتبر في ذلك بقاء محل ما يكفي المسح لان خروج ما سواه كلا خروج **قال** ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر

فهو على اوجه ثلاثة وجه يتحول مدته الى مدة السفر بالاتفاق وفي وجه لا يتحول بالاتفاق وهو ما اذا سافر
بعد ما احدث وبعد ما استكمل مدة المقيم وفي وجه وهو ما اذا سافر بعد ما احدث
قبل استكمال مدة المقيم ففي وجه يتحول عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فانه قال المسح
عبادة شرع فيها على حكم الاقامة وكل ما شرع فيها على حكم الاقامة لا يتغير بالسفر كما اذا شرع في
الصوم وهو مقيم ثم سافر وكما اذا شرع في الصلاة في سفينة في المصر ثم سارت في صلاته فانها لا تتغير
لان الاقامة حال العزيمة وحال السفر حال الرخصة فاذا اجتمعا في عبادة غلبت العزيمة على الرخصة ولنا
اطلاق الحديث فانه لم يفصل بين مسافر ومسافر فيتناول كل المسافرين ولانه حكم متعلق بالوقت وكل ما هو كذلك
يعتبر فيه آخر الوقت كالحائض اذا طهرت فيه يجب عليها الصلاة والطاهرة اذا حاضت فيه سقطت عنها
والمسافر اذا اقام في آخر الوقت يتم والمقيم اذا سافر فيه قصر وليس كالصوم والصلاة
لانهما لا يتجزءان فاعتبار الاقامة في اول الصوم لا يبيح الفطر واعتبار السفر في آخره يبيح فيرجح جانب الحرمة
وكذلك في الصلاة يرجح جانب الاقامة للاحتياط واما الوقت فيتجزى فلم يجتمع الاقامة والسفر في وقت
واحد فكان الاعتبار بالموجود وهو السفر **وقوله** بخلاف ما اذا استكمل الى آخره ظاهر ومن لبس الجرموق
ويقال له الموق مسح عليه الجرموق ما يلبس فوق الخف وساقه اقصر من الخف وقال الشافعي رحمه الله لا يمسح
عليه لان الخف بدل الرجل والبدل لا يكون له بدل بالراي فان الشرع ورد بالمسح على الخف بدلا عن الرجلين
فتجويز المسح على الجرموق اقامة بدل عنه بالراي وهو لا يجوز ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه قال
رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على الجرموقين وقال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة
عن حماد عن ابراهيم انه كان يمسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا اما الاستعمال فانه يرد
مع الخف مشيا وقياما وقعودا وارتفاقا وانخفاضا واما الغرض فانه وقاية للخف كما ان الخف وقاية
للرجل فصار كخف ذي طاقين قيل لو كان كذلك لما وجب المسح على الخف عند نزع الجرموقين كما لو
مسح على خف ذي طاقين ثم نزع احد طاقيه او كان الخف مشعرا فمسح عليه ثم حلق الشعر فانه لا يجب
اعادة المسح **واجيب** بان الجرموق تبع من حيث الاصل الا يرى انه لو لبسه منفردا جاز المسح
بالاجماع وتبع من حيث الاشتغال والغرض كما ذكرنا فاذا لبسه على الخف صار تابعا وكان المسح عليه
كالمسح على الخف فاذا زال بالنزع زالت التبعية وحل الحدث بما تحته فيجب اعادة المسح واما طاقا
الخف فلشدة اتصال احدهما بالآخر كان كالشعر على البشرة وقد تقدم انه اذا مسح الراس ثم حلقه لا يجب
عليه الاعادة **وقوله** وهو بدل عن الرجل لا عن الخف جواب عن قول الخصم البدل لا يكون له بدل
وتقريره انا لا نسلم انه بدل الخف وانما هو بدل عن الرجل كالخف لان الخف لم يستر محل المسح قيل
لو كان كذلك لوجب غسل الرجلين عند نزعهما كما في نزع الخف وليس كذلك فكان بدل الخف ولزم بدل البدل
واجيب بانه بدل الرجل الا ان حل الحدث بالخف فاذا نزع زالت البدلية عنه وحل الحدث بالخف
وكان الخف بدلا عن الرجل اذ ذاك ولزمه المسح عليه **وقوله** ولو كان الجرموق من كرباس ظاهر **قال**
ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا ان يكونا مجلدين وفي وجه يجوز
بالاتفاق وهو ما اذا كانا ثخينين منعلين وفي وجه يجوز بالاتفاق وهو ان لا يكونا ثخينين منعلين وفي وجه
لا يجوز بالاتفاق وهو ان لا يكونا ثخينين ولا منعلين وفي وجه اختلاف عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لصاحبيه
وهو ان يكونا ثخينين غير منعلين ثم الجورب المنعل هو الذي وضع على اسفله جلدة كالنعل للقدم والمجلد
هو الذي وضع الجلد اعلاه واسفله **وقوله** لا يستشف تاكيد للثخانة من شف الثوب اذا رق حتى رايت ما وراءه
من باب ضرب لهما حديث ابي موسى الاشعري ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجوربين ولانه يمكنه المشي

فيه اذا كان ثخينا بحيث يستمسك على الساق من غير الربط فاشبه الخف فيلحق به وقال ابو حنيفة ان
الالحاق انما يصح اذا كان في معناه من كل وجه وليس كذلك لان الخف يمكن مواظبة المشي فيه دون الجورب
الا اذا كان منعلا وهو محمل حديث ابي موسى رضي الله عنه مع ان ابا داود طعن فيه وقال ليس بالمتصل
ولا بالقوي وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه رجع الى قولهما المصنف وعليه الفتوى
قوله لا يجوز المسح على العمامة الى اخره فيه نوع من قول من يجوز المسح على العمامة كالاوزاعي
واحمد واهل الظاهر في الواضح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على عمامته وخفيه وقلنا المسح على الخف
ثبت بخلاف القياس لدفع الحرج ولا حرج في نزع هذه الاشياء والتمسك بالحديث ضعيف لان قوله تعالى وامسحوا
يقتضي حكم حلول غير الراس في العمل بالحديث يكون زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ فلا يجوز او منسوخ قال
محمد رحمه الله اخبرنا مالك قال حدثنا نافع قال رايت صفية بنت ابي عبيد توضأ وتنزع خمارها ثم تمسح
براسها قال لنا نافع وانا يومئذ صغير قال محمد بهذا نأخذ لا تمسح على خمار ولا عمامة بلغنا ان المسح على العمامة
كان فترك والقفازان شيء يعمل لليدين يحشى بالقطن ويكون له ازرار تزر على الساعدين من البرد تلبسه
المراة في يديها كذا في الصحاح وقوله ويجوز المسح على الجبائر قال في ضياء الحلوم اذا كان بعضو المتوضي
جراحة واما اذا لا يضره ولا يمسحه ولكن تربط بجبيرة وهي العيدان التي تجبر بها العظام وفيما قال وان
شدها على غير وضوء لانها انما تربط حالة الضرورة واشتراط الطهارة في تلك الحالة يفضي الى الحرج فلا يعتبر والاصل
في ذلك ما قال في الكتاب ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل وامر عليا رضي الله عنه به حين كسر زنده
يوم احد وقيل يوم خيبر فانه كان حامل راية رسول الله صلى الله عليه وسلم فكسر زنده وسقط اللواء
من يده فقال النبي صلى الله عليه وسلم اجعلوها في يساره فانه صاحب لوائي في الدنيا والاخرة فقال
ما اصنع بالجبائر فقال امسح عليها من غير فصل بين الغاسل وغيره وقوله ولان الحرج فيه ظاهر
واري انه في ذلك ويجوز المسح اشارة الى ان مسح الجبائر ليس بفرض ولا واجب وذلك لان الروايات قد
اختلفت فقال في شرح الطحاوي والتجريد المسح على الجبائر ليس بفرض عند ابي حنيفة وان لم يضره بل هو
مستحب وفي المحيط انه واجب عنده ويجوز الصلاة بدونه خلافا لهما قال الامر علينا به والامر للوجوب
وقال المسح يقوم مقام غسل ما تحتها وغسل ما تحتها لم يكن واجبا فكذا المسح فعلا يرشد الى ان الامر
للاستحباب وقوله ويكتفي بالمسح على اكثرها لم يذكر في ظاهر الرواية انه اذا مسح على بعض الجبائر دون
بعض هل يجزيه اولا وذكر في امالي الحسن بن زياد انه اذا مسح على الاكثر اجزاه وان مسح على النصف لا يجزيه
والفرق بينه وبين مسح الراس والمسح على الخفين حيث لا يشترط فيهما الاكثر ان مسح الراس ثبت بالكتاب
والباء دخلت المحل فاوجبت تبعيضه والمسح على الخفين ان كان بالكتاب كان حكمه حكم المعطوف عليه
وان كان بالسنة فهي اوجبت مسح البعض واما المسح على الجبائر فانما ثبت بحديث علي رضي الله عنه وليس فيه
ما ينبئ عن البعض الا ان القليل سقط اعتباره دفعا للحرج واقيم الاكثر مقامه وقوله ولا يتوقت
بيان الفرق بين مسح الخف والجبيرة وذلك بامور منها ما تقدم من قوله وان شدها على غير وضوء فان المسح
على الخفين من غير طهارة لا يجوز كما تقدم ومنها انه لا يتوقت بوقت معين لعدم التوقيف بالتوقيت حيث
لم يرد فيه اثر ولا خبر والمقادير لا تعرف بالاسماع فيمسح الى وقت البرء ومنها ان الجبيرة ان سقطت من
غير برء لم يبطل المسح بخلاف الخف فانه اذا نزع بطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها
ما دام العذر باقيا حتى لو مسح على جبيرة احدى الرجلين لا يجوز المسح على خف الرجل الاخرى لئلا يكون
جامعا بين الغسل حكما وبين المسح وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان سقوطها في الصلاة استقبل
لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فصار كالمتيمم يجد الماء في خلال الصلاة فانه يستقبلها الا انه قيل

يشكل

يشكل على هذا ما اذا صلى ركعة او ركعتين بالتحري ثم تبين جهة الكعبة فانه يبني ولا يستقبل مع ان
جهة المتحري جهة الكعبة والجواب بان ذلك بطريق التشبيه بما قبله بما اذا صلى كان نظيرا لنسخ
فيبقى في حق المتحري كذلك والنسخ يظهر في حق القائم لا في حق الكائن فلذلك يبني ولا يستقبل

باب الحيض والاستحاضة

اختلف الشارحون في التعبير عن الحيض والنفاس بانهما من الاحداث او الانجاس فمنهم من ذهب الى الثاني
ومنهم من ذهب الى الاول وهو الانسب لان المصنف يقول بعد هذا باب الانجاس وتطهيرها ولما فرغ من
الاحداث التي يكثر وقوعها ذكر ما يقل وقوعا منه ولقب الباب بالحيض دون النفاس لكونه اكثر اي لكونه حالة
معهودة في بنات ادم دون النفاس والحيض لغة هو الدم الخارج ومنه حاضت الارنب وعند الفقهاء
وعند الفقهاء دم ينفضه رحم المراة السليمة عن الداء والصغر وقوله السليمة عن الداء احتراز
عن النفاس وقوله والصغر احتراز عن دم تراه الصغيرة وشرطه تقدم نصاب الطهر حقيقة او حكما
وفراغ الرحم عن الحبل واقل الحيض اي اقل مدته ثلاثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة
عندنا وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله يومان والاكثر من اليوم الثالث وقال مالك
رحمه الله ما يوجد ولو ساعة وقال الشافعي رحمه الله يوم وليلة لنا ما روى ابو امامة الباهلي
وعائشة وواثلة بن الاسقع وانس وابن عمر رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اقل الحيض للجارية
البكر والثيب ثلاثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس
وعثمان بن ابي العاص وانس بن مالك رضي الله عنهم والمروي عنهم كالمروي عن النبي صلى الله عليه
وسلم لان المقادير لا تعرف قياسا ولابي يوسف ان الدم لا يسيل على الدوام بل يسيل تارة وينقطع اخرى
فاقام الاكثر من اليوم الثالث وهو سبع وستون ساعة على ما ذكر في النوادر مقام الكل ولمالك
ان هذا النوع حدث فلا يتعلق بقدر كسائر الاحداث وللشافعي ان السيلان لما استوعب جميع [illegible]
عرفنا ان الدم من الرحم ولا مصلحة في التنفيذ الى الاخر والجواب انه نقص عن تقدير الشرع وذلك
لا يجوز واكثره عشرة ايام والزائد استحاضة وقال الشافعي رحمه الله خمسة عشر يوما وهو قول ابي
حنيفة الاول لقوله صلى الله عليه وسلم في نقصان دين المراة تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم
ولا تصلي والمراد زمان الحيض والشطر النصف ولنا ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
واكثره عشرة ايام لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وليس المراد بالشطر حقيقته لان في عمرها زمان
الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا حيض في شيء من ذلك فعرفنا ان المراد به ما يقارب الشطر
حينئذ واذا قدرنا بالعشرة بهذه الايام كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق ومن المتاخرين من
التزم ان المراد بالشطر حقيقته وقال هو حاصل فيما قلنا فان المراة اذا بلغت خمس عشرة سنة ثم حاضت
من كل شهر عشرة ايام ثم ماتت بعد ستين سنة كانت تاركة للصلاة شطر عمرها وقوله وما
تراه المراة بيان الالوان وهي ستة السواد والحمرة والصفرة والكدرة والخضرة والتربية ولم يذكر السواد
لانه لا اشكال في كونه حيضا لقوله صلى الله عليه وسلم دم الحيض اسود عبيط محتدم اي طري شديد
الحمرة الى السواد واما الحمرة فهي اللون الاصلي للدم الا انه عند غلبة السواد يضرب الى السواد وعند
غلبة الصفرة يرق فيضرب الى الصفرة ويتبين ذلك لمن افتصد والصفرة ايضا من الوان الدم اذا رق وقيل
هي كصفرة السن او كصفرة التبن واما الكدرة فلونها كلون الماء الكدر وهي حيض في قول ابي حنيفة

ومحمد رحمهما الله حتى ترى البياض خالصًا سواء رأت في أول أيامها أو في آخرها وقال أبو يوسف رحمه
الله لا تكون الكدرة حيضًا إلا بعد الدم لأنه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافي لأن الكدرة
من كل شيء تتبع صافيه فلو جعلناها حيضًا لم يتقدم عليها دم كانت مقصودة لا تبعًا **ولهما** ما روي
أن عائشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضًا حدث مالك في موطاه عن علقمة بن
أبي علقمة عن أمه مولاة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت كان النساء يبعثن إلى عائشة
بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض يسألنها عن الصلاة فتقول لهن لا تعجلن حتى ترين
القصة البيضاء أي القصة بفتح القاف وتشديد الصاد شيء يخرج من أقبال النساء بعد انقطاع الدم يشبه
الخيط الأبيض وقيل هي الجص شبهت الرطوبة الصافية بعد الحيض بالجص يعني تخرج الخرقة التي تحتشي بها
كما يخرج الجص الأبيض قيل وبعد الدم حين ترفع الخرقة وهي طرية لا تعرف الحيض لأن اللون يتغير
بالأسباب وهذا يعني ما فعلت عائشة رضي الله عنها لا يعرف إلا سماعًا فيحمل على أنها سمعت ذلك
من رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قيل قوله صلى الله عليه وسلم دم الحيض أسود عبيط يدل على أن
الأشياء ليست بحيض وهو أقوى من فعل عائشة رضي الله عنها فالجواب أنه أجيب بأنه من باب
تخصيص الشيء بالذكر ولا دلالة على نفي ما عداه **وقوله** وفم الرحم منكوس جواب عن قول أبي يوسف
لتأخر خروج الكدر عن الصافي بأنه قول بالموجب أي نعم هو كذلك إذا لم يكن المخرج من أسفل أما إذا
كان كالجرة ثقبت أسفلها فإن الكدر يخرج أولاً وأما الخضرة فقد أنكر بعض مشايخنا وجوده وقال المستبعد لعلها
أكلت قصيلاً وذكر أبو علي الدقاق رحمه الله أن الخضرة نوع من الكدرة قال المصنف رحمه الله إن كانت المرأة
من ذوات الأقراء كانت حيضًا وتحمل على فساد الغذاء لأنها أكلت غذاء فاسدًا فأفسد صورة دمها وإن كانت
كبيرة آيسة وهي أن تكون في خمس وخمسين سنة على ما هو المختار وقيل في خمسين وقيل في سبعين
يكون حيضًا ويحمل على فساد المنبت فإن الدم في الأصل لا يكون حيضًا ويحمل على فساد المنبت فإن الدم
في الأصل لا يكون أخضر ولم يذكر المصنف التربية بدون التربية وهي لون خفي يسير أقل من صفرة
وكدرة وقيل هي من التربة لأنها على لونها فلم يذكر أن الحيض واختلفوا في أدنى مدة يحكم ببلوغها إذا
رأت الدم فيها قال أبو نصر بن سلام بنت ست سنين إذا رأت الدم ودام بها ثلاثة أيام وبعضهم
قدره بسبع سنين ومحمد بن مقاتل قال الحيض يسقط عن الحائض الصلاة هذا بيان أحكام الحيض قال
في النهاية وعينا أنها اثنا عشر ثمانية يشترك فيها الحيض والنفاس وأربعة مختصة بالحيض دون النفاس
فأما الثمانية فترك الصلاة لا إلى قضاء وترك الصوم إلى قضاء وحرمة الدخول في المسجد وحرمة الطواف
بالبيت وحرمة قراءة القرآن وحرمة مس المصحف بدون الغلاف وحرمة جماعها والثامن وجوب الغسل عند
انقطاع الحيض والنفاس وأما الأربعة المخصوصة فانقضاء العدة والاستبراء والحكم ببلوغها والفصل
بين طلاق السنة والبدعة فالسبعة الأولى تتعلق ببروز الدم من الرحم إلى الكرسف قبل غروب الشمس
رفعت الكرسف بعد غروبها فالصوم تام وعند محمد في غير ظاهر الرواية أنها تقضيه وإنما يتعلق بما
الحيض وتستند إلى ابتدائه والأربعة الباقية تتعلق بالقضاء **وقوله** يسقط على مذهب القاضي أبي
زيد على حقيقته لأن عنده نفس الوجوب ثابت عليها كالصبي والمجنون لقيام الذمة الصالحة للإيجاب لكن
يسقط بالعذر وأما على قول غيره فيكون يسقط مجازًا للمنع وإنما قال يحرم عليها الصوم ولم يقل يسقط إشارة
إلى أنه يقضي قيل المسألة إذا رأت دمًا تركت الصلاة والصوم عند أكثر المشايخ مشايخ بخارى وعن أبي حنيفة
حتى يستمر الدم ثلاثة أيام وتقضي الصيام ولا تقضي الصلاة لما قالت أخرى روية أن كانت أحدنا على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم إذا طهرت تقضي الصيام ولا تقضي الصلوات فإن قيل وجوب القضاء يبتني على وجوب الأداء

وهي ما تكون لونه كلون التراب نسبته إلى التراب لأنها نوع من الكدرة وفيه الاختلاف المذكور وروي أن التربية

لقول عائشة رضي الله عنها وروي أن امرأة سألتها قالت ما بال إحدانا تقضي صيام أيام الحيض ولا تقضي الصلاة صح

في الأحكام فكيف تخلف هذا الحكم هنا **أجيب** بأن الأصل أن يكون كذلك إلا أنه ثبت بالنص على خلاف
القياس **وقوله** ولا تدخل المسجد [illegible] وجب قضاء الصلوات ليس يحتاج إلى
دليل لأنه على الأصل وإنما الحاجة إلى ذلك في قضاء الصيام وقد أشار إلى ذلك بقوله [illegible]
الجنب [illegible] ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لما ذكرنا [illegible] عن عائشة رضي الله عنها أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال وجهوا هذه البيوت عن المسجد فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب وهو بإطلاقه
حجة على الشافعي في إباحته الدخول على وجه العبور والمرور [illegible] لا فصل [illegible] الدخول والمرور
[illegible] قوله تعالى ولا جنبًا إلا عابري سبيل [illegible]
[illegible] المراد بالصلاة [illegible] قوله الكلام [illegible]
[illegible] فيكون معناه والله أعلم [illegible]
[illegible] المبسوط [illegible]
[illegible] ولا تطوف بالبيت [illegible]
يكون عند الطهارة فيوم هو جواز الطواف وليس كذلك حتى لو طافت [illegible]
ولو علل بقوله لأن الطواف بالبيت صلاة كان أشمل وأدفع للسؤال **وقوله** ولا يأتيها زوجها أي
لا يقربها ظاهرًا لكن الحائض فكالجنب والنفساء قراءة القرآن لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقرأ الحائض والجنب
شيئًا من القرآن وهو حجة على مالك رحمه الله فإنه يجوزها للحائض لكونها معذورة محتاجة إلى القراءة عاجزة
عن تحصيل الطهارة بخلاف الجنب [illegible] المتعلق بالقرآن وحكم الصلاة ومنع الحائض من القراءة ثم في الحكم
لكن يتصل بين الآية وما دونها فكذلك في الحكم الآخر وقال الكرخي يمنع عن قراءة ما دون الآية أيضًا على قصد القراءة
كما يمنع عن قراءة الآية التامة لأن الكل قرآن وفي لا يقصد القراءة جاز إذا تعلق الحمد لله شكر النعمة فلا بأس به
وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رحمهما الله لا بأس للجنب أن يقرأ الفاتحة على وجه الدعاء قال الهندواني لا أفتي بهذا
وإن روي عنه **قوله** وليس لهم أي للحائض والنفساء والجنب مس المصحف إلى آخره ظاهر **وقوله**
لقوله صلى الله عليه وسلم لا يمس رواه مالك في الموطأ والدارقطني **فإن قلت** ما بال المصنف لم يستدل بقوله تعالى
إنه لقرآن كريم في كتاب مكنون لا يمسه إلا المطهرون فإنه ظاهر في النهي عن مس المصحف لغير الطاهر قلت لأن بعض
العلماء حملوه على الكرام البررة فكان محتملاً **وقوله** إلا بغلافه ثم الحدث والجنابة حلا اليد إلى آخره لبيان
مشاركتهما في منع مس المصحف وافتراقهما في حكم القراءة وتقرير لما ثبت حكم الحدثين في النهي عن مس المصحف باليد
لما اجتمعا ولما [illegible] حكم الحدث [illegible] الحدث دون الفم قال فخر الإسلام في شرح الجامع
الصغير فإنه غسل الجنب فمه أو يديه ليس أو غسل المحدث يده ليس ليطلق القراءة ولا المس للجنب ولا للمحدث حلا في
الصحيح لأن ذلك لا يتجزى وجودًا وزوالاً وقوله ما كان متجافيًا عنه أي متباعدًا بأن يكون شيئًا ثالثًا
بين الماس والممسوس ولا يكون متصلاً به كالجلد المشرز فمعناه لا يكون تابعًا للماس كالكم ولا للممسوس كالجلد
المشرز وقال صاحب التحفة اختلف المشايخ في الغلاف فقال بعضهم هو الجلد الذي عليه وقال بعضهم هو الخريطة
وهو الصحيح لأن الجلد تبع المصحف والكم تبع اللابس والخريطة ليست تبعًا لأحدهما **وقوله** وهو الصحيح الأول رد
للأول **وقوله** وهو الصحيح الثاني رد للثاني **وقوله** بخلاف كتب الشريعة يعني كتب الحديث والفقه حيث
يرخص لأهلها في مسها بالكم لأن فيه ضرورة وفيه إشارة إلى أن مسها بلا طهارة مكروه **وقوله** ولا بأس بدفع المصحف
إلى الصبيان معناه لا بأس بأن يدفع الطاهر من المصحف إلى الصبيان المحدثين لأنه لو لم يكن كذلك فإما أن يمنع عنهم
المصحف وفيه تضييع حفظ القرآن أو يؤمروا بالتطهير وفيه حرج عليهم لأنهم لم يكلفوا بذلك وذكروا أنه يكون معنى

فإن قلت عليه الغسل [illegible] الحدث بالطهارة [illegible] ما دون الآية [illegible] للحائض والنفساء والجنب

بقوله الكم وقال بعضهم

قوله وفي الأمر بالتطهير في أمر الأولياء بتطهير الصبيان كمنعهم عن لباس الذكور ومنعهم الحرير حرج بالأولياء والمعلمين
الأقدمين قوله هذا هو الصحيح احترازا عما روي عن بعض مشايخنا أنه دفع المصحف واللوح الذي كتب فيه القرآن
إليهم مكروه بناء على أن الدفع مكلف بتكليف الدفع قال وإذا انقطع دم الحيض لأقل من عشرة أيام وكان لعدتها من
عادتها لم يحل وطؤها على ذلك حتى تغتسل لأن الدم يدر تارة وينقطع أخرى فلا بد من الاغتسال
ليترجح جانب الانقطاع بوجود ما زاد على زمان عادتها من مدة الاغتسال فحل وطؤها لحصول [illegible] من الطاهرات حقيقة
ولو لم تغتسل ومضى عليها أدنى وقت الصلاة بقدر أن تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها لأن الصلاة صارت
دينا عليها فصارت من الطاهرات حكما لأن الشرع إذا حكم عليها بوجوب الصلاة [illegible] ذلك على
تحقق بطلانها [illegible] في نقض الشيخ أو يمضي عليها وقت صلاة كامل [illegible] عليه إن كان كامل صفة الوقت [illegible]
وليس بحري فإن كان صفة للصلاة كان الواجب كاملة وأجيب بأنه صفة للوقت [illegible]
[illegible] ومعناه الكاملة التشبيه فإنه إذا انقطع الدم في آخر الوقت بحيث يتمكن أن تغتسل وتحرم للصلاة كان ذلك
[illegible] في إيجاب الصلاة وتعلقها كما أن [illegible] عليها وهي منقطع الحيض كامل في ذلك وليس معناه
[illegible] كمال الوقت على [illegible] أنه انقطع دمها في أول الوقت ودام الانقطاع حتى مضى الوقت شرع في كونها من الطاهرات
يحل القربان [illegible] وجوب الصلاة وعلى هذا الإشارة في العبارات من حيث المعنى الأول أوضح في تأديته قوله
ولو كان انقطع الدم دون عادتها [illegible] قوله دون الثلاث مستغني عنه [illegible] انقطع الدم
وذلك لما ذكرنا لأن [illegible] الحيض على العشرة وتجب عليها الصلاة لأنا تيقنا بمجرد انقطاع الدم بخروجها من
الحيض فإذا أدركت جزءا من الوقت قليلا كان أو كثيرا كان عليها قضاء تلك الصلاة بخلاف ما إذا كان أيامها
دون العشرة فإن فيه مدة الاغتسال من جملة حيضها فلا يكون الوقت معتبرا ما يمكنها أن تغتسل فيه وتحرم
الصلاة لتصير مدركة بجزء من الوقت بعد الطهارة فيجب عليها قضاء تلك الصلاة قوله لأنه لا يستحب استئنافا
من قوله [illegible] وطؤها قبل الاغتسال النهي في القراءة بالتشديد [illegible] ظاهر النهي فيه
يحجب حرمة القربان قبل الاغتسال في الحالين بالملاقة كما قاله فخر الإسلام رحمه الله قال والطهر المتخلل
بين الدمين في مدة الحيض إذا أحاط الدم طرفي مدة الحيض ليس بشرط [illegible] قوله وكذا الطهر المتخلل
بينهما يتعلق كالنصاب في باب الزكاة فإنه يشترط وجوبها كمال النصاب في طرفي الحول والنقصان في خلاله
لا يضر مثاله مبتدأة رأت يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما فالعشرة كلها كالدم المتوالي لإحاطة الدم بطرفي
العشرة ولو رأت يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منه حيضا وعن أبي يوسف رحمه الله وهو
رواية عن أبي حنيفة أن الطهر إذا كان أقل من خمسة عشر يوما لا يفصل بين الدمين وهو كله كالدم المتوالي
لأنه طهر فاسد [illegible] الفصل بين الحيضتين لأن أقل مدة الطهر الصحيح خمسة عشر يوما [illegible] بين الدمين
لأن الفاسد لا يتعلق به أحكام الصحيح شرعا فكان كالدم المتوالي مثاله مبتدأة رأت يوما دما وأربعة
عشر طهرا ويوما دما فالعشرة من أول ما رأت عنده حيض يحكم ببلوغها به وكذلك إذا رأت يوما دما وأربعة
عشر [illegible] طهرا ويوما دما قوله والأخذ بهذا القول أي قول أبي يوسف أيسر [illegible] والمستفتي لأن
في قول محمد تفاصيل يشق ضبطها والعادة لإحاطة الدم الطرفين شرط [illegible] عند محمد لطرفي مدة الحيض
كما تقدم وعلى هذا [illegible] زيادة الحيض [illegible] بالطهارة [illegible] الحيض [illegible] به وعند
أبي يوسف [illegible] الطهر المتخلل [illegible] يجوز بداية الحيض بالطهر وختمه [illegible] به إذا كان قبله وبعده
[illegible] ثم [illegible] مثال [illegible] أبي يوسف [illegible] عادتها في أول
كل شهر خمسة أيام فرأت قبل أيامها [illegible] يوما دما [illegible] خمستها [illegible] رأت يوما دما فعنده خمستها حيض [illegible] إحاطة الدم
[illegible] إحاطة الدم بزمان [illegible] وأما إذا [illegible] جميع ذلك حيضها وكذلك لو رأت قبل

خمستها يوما دما ثم طهرت أول يوم من خمستها ثم رأت ثلاثة دما ثم طهرت آخر يوم من خمستها ثم استمر الدم
فحيضها خمستها عنده [illegible] لأن ابتداء الحيضة وختمها بالطهر لوجود الدم قبله وبعده وإن الطهر المتخلل بين
الدمين إذا كان دون ثلاثة لا يكون فاصلا بل يجعل كدم متوال وإن كان دون خمسة عشر كذلك عند أبي يوسف كما مر
أيضا وعند محمد إذا بلغ ثلاثة فصاعدا فإن استوى الدم والطهر في أيام الحيض أو غلب الدم فكذلك الجواب وإن غلب
الطهر صار فاصلا وحينئذ إن لم يمكن جعل واحد منهما بانفراده حيضا لم يكن شيء منه حيضا وإن أمكن
ذلك جعل حيضا سواء كان المتقدم أو المتأخر وإن أمكن جعل كل واحد حيضا جعل أسرعهما إمكانا حيضا [illegible]
الدم المتخلل بينهما طهرا تاما مثاله مبتدأة رأت يوما دما ويومين طهرا ويوما دما فالأربعة حيض
ولو رأت يوما دما وثلاثة طهرا ويوما دما فالستة كلها حيض لاستوائهما فغلب الدم لأن اعتبار
الدم يوجب حرمة الصوم والصلاة واعتبار الطهر يوجب حل ذلك وإذا استوى الحلال والحرام يغلب
الحرام كما في التحري في الأواني إذا كانت الغلبة للنجاسة [illegible] وفي أمثاله ولو
رأت ثلاثة دما وخمسة طهرا ويوما دما فحيضها الثلاثة الأولى لأن الطهر غالب فصار فاصلا والمتقدم
بانفراده يمكن أن يجعل حيضا فجعلناه حيضا ولو رأت يوما دما وخمسة طهرا وثلاثة دما فحيضها
الثلاثة الأخيرة لما ذكرنا [illegible] فإن قيل [illegible] يستوي الدم بالطهر [illegible] كالدم المتوالي [illegible]
[illegible] إنما يعتبر في مدة الحيض وأكثر مدة الحيض عنده [illegible] في العشرة ثلاثة دم وستة طهر ويوم
دم فكان الطهر غالبا فلهذا صار فاصلا قال وأقل الطهر خمسة عشر يوما أقل الطهر الذي يكون بين
الحيضتين خمسة عشر يوما هكذا روي عن إبراهيم النخعي رحمه الله والظاهر أنه منقول عن النبي صلى
الله عليه وسلم لأنه مقدار والمقادير في الشرع لا تعرف إلا سماعا وذكر في المحيط أن الله تعالى أقام الشهر
في حق الآيسة والصغيرة مقام الطهر والحيض ومما أضيف إلى الشيئين ينقسم عليهما أنصافا فينبغي
أن يكون نصف الشهر حيضا ونصف الشهر طهرا إلا أنه قام الدليل على نقصان الحيض عن النصف فبقي
الطهر على ظاهر القسمة وهذا الاستدلال منقول عن الشيخ أبي منصور الماتريدي رحمه الله [illegible]
[illegible] لا تعرف إلا توقيفا [illegible]
[illegible] من الصوم والصلاة [illegible]
[illegible] أقل مدة الحيض [illegible] الإقامة خمسة عشر [illegible]
[illegible] الصوم والصلاة [illegible]
[illegible] الطهر [illegible] قوله لأنه [illegible]
[illegible] عند أبي حنيفة [illegible]
[illegible] عند عامة [illegible] المروزي والقاضي [illegible]
[illegible] فإنه لا عادة [illegible]
[illegible] امرأة [illegible]
[illegible] عشرة أيام [illegible]
[illegible]
[illegible] عشرة [illegible]
[illegible]
[illegible] وعشرون يوما وقال إبراهيم [illegible] أشهر [illegible] ساعة وعليه الأكثرون لأن أقل

المدة التي بين الحيضتين فيها ستة أشهر فهي أقل مدة الحمل إلا أنه مما نقص منه بشيء لأن مدة الطهر أقل من مدة الحمل نقصانا منه شيئا يسيرا وهو ساعة فتنقضي عدتها بتسعة عشر شهرا إلا ثلاث ساعات لجواز أن يكون وقوع الطلاق عليها في حالة الحيض فيحتاج إلى ثلاثة أطهار كل طهر ستة أشهر إلا ساعة وكل حيض عشرة أيام وقال الحاكم الشهيد طهرها شهران وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله لأن العادة مأخوذة من المعاودة والحيض والطهر مما يتكرر في الشهر عادة لأن الغالب أن النساء يحضن في كل شهر مرة فإذا طهرت شهرين فقد طهرت في أيام عادتها والعادة تثبت بمرتين فصار ذلك الطهر عادة لها فوجب التقدير به قيل والفتوى على قول الحاكم لأنه أيسر على المفتي والنساء وفيه أقوال أخرى تركتها مخافة الإطناب فلما كان في الأقوال فيه كثرة أعرض المصنف عنها وقال ويعرف ذلك في كتاب الحيض **قال** ودم الاستحاضة كالرعاف الدائم وأصح شيء فيه الإجماع قبل أي بدلائه وتقديره أجمع المسلمون على وجوب الصلاة وهو يوجب وجوب الصوم وحل الوطء بطريق الأولى لا يقال جعل الدم عذرا في حق الصلاة مع المنافاة الثابتة بينهما لكونه منافيا لشرطها فلا يجعل عذرا في حق الصوم والوطء الذين لا منافاة بينهما أولى قال في الكافي في تفسير صحة الإجماع بل لأنه غير صحيح لفظا لا معنى والتفسير للحكم المذكور ثانيا قال الشيخ عبد العزيز رحمه الله ويجوز أن يسمى نتيجة من حيث أنه لا يدل عليه النص أو الإجماع لا يكون الأيسر ويستحيل أن يثبت قبله فكأنها نتيجة والحق أن الإجماع أصل فلو فسر بالحكم لأوهم أن الإجماع منعقد عليه نصا وليس كذلك بل ذلك ثبت بالدلالة **وقوله** ولو زاد الدم على عشرة أيام تعرض منه لما هو المتفق عليه فإن الدم إذا زاد على عشرة أيام ولها عادة معروفة دون العشرة ردت إلى أيام عادتها باتفاق أصحابنا فأما إذا زاد على عادتها المعروفة دون العشرة فقد اختلف فيه المشايخ فذهب أئمة بلخ رحمهم الله إلى أنها تؤمر بالاغتسال والصلاة لأن حال الزيادة مترددة بين الحيض والاستحاضة لأنه إن انقطع الدم قبل العشرة كان حيضا وإن جاوز العشرة كان استحاضة فلا تترك الصلاة مع التردد وقال مشايخ بخارى رحمهم الله لا تؤمر بالاغتسال والصلاة لأنا عرفناها حائضا بيقين وكلنا في الحيض فهو نرتبة الدم قائم ولا يكون استحاضة حتى يستمر فيجاوز العشرة [illegible] الصلاة مع التردد ولا دليل على ذلك فلا تؤمر بالاغتسال والصلاة حتى يتبين أمرها فإن جاوز العشرة أمرت بقضاء ما تركت من الصلوات بعد أيام عادتها قال في المجتبى وهو الأصح **وقوله** والذي زاد يعني على العادة المعروفة استحاضة لقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها أي أيام عادتها المعروفة فما زاد عليها لا تدعها فيه أي الأيام بمعنى الإضافة فإنه **وقوله** ولأن الزائد على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به تقريره الزائد على العادة يجانس الزائد على العشرة فيلحق به فالزائد على العادة يلحق بالزائد على العشرة أما أن الزائد على العادة يجانس الزائد على العشرة فمن حيث إن كل واحد منهما زائد على العادة المعروفة وعورض بأن الزائد على العادة يمكن أن يكون حيضا بخلاف الزائد على العشرة فأنى يتجانسان وبعبارة أخرى هي أن ما زاد على العادة يجانس العادة في كونها في مدة الحيض فتعارضا في التجانس **والجواب** أنهما لو تعادلا في التجانس أو تعادلا كان ما ثبتناه ولم يدع ذلك وإن التجانس بين الزائدين من حيث كما ذكرنا وبين الزائد والعادة من حيث ما ذكرتم راجحا وأما أن الكل يجانس الزائد على العشرة يلحق به فلأن المجانسة علة الضم **وقوله** وإن ابتدأت مع البلوغ مستحاضة ذكر مسألتين للفعل إذا اختاره صاحب الهداية وجعل المستحاضة من ابتدئ وانحى لأن لا اختيار لها وجعل المستحاضة نصبا على الحال المقدرة لقوله تعالى فادخلوها خالدين لأن استحاضتها حال ابتداء ثبوتها الدم لم يثبت ولكنه يجيء بالزيادة على العشرة ولكن يعلم عند الزيادة على العشرة أنها كانت معتدة الاستحاضة عند ابتداء رؤيتها الدم إلا أنا عرفناها حيضا فإذا زاد على العشرة وقع الشك في كون الزائد على الثلاث حيضا وعدمه لكن ذلك اليقين فهذا الشك الذي حدث الآن

فصل لما كان الحيض أكثر وقوعا قدمه ثم أعقبه

الاستحاضة لأنها أكثر وقوعا من النفاس باعتبار كثرة أسبابها فإنها تكون مستحاضة بما إذا رأت الدم حالة الحبل أو زاد الدم على العشرة أو زاد على معروفها وجاوز العشرة أو رأت ما دون الثلاث أو رأت قبل تمام الطهر أو رأت قبل أن تبلغ تسع سنين على ما عليه العامة بخلاف النفاس فإن سببه شيء واحد وقدم حكم الاستحاضة ومن بمعناها على تعريفها لأنه المقصود بيان الحكم ومن به سلس البول هو من لا يقدر على إمساكه والرعاف الدم الخارج من الأنف والجرح الذي لا يرقأ أي الذي لا يسكن دمه من رقأ الدم سكن **وقوله** يتوضؤن لوقت كل صلاة هو حكم المسألة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل والنذور والواجبات عندنا وقال الشافعي رحمه الله تتوضأ لكل صلاة مكتوبة واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تتوضأ لكل صلاة ولأن اعتبار طهارتها ضرورة أداء المكتوبة ولا ضرورة بعد أدائها فلا تبقى لها بعد الفراغ منها **فإن قيل** كل صلاة أعم من كونها مكتوبة أو غيرها فالتقييد بالمكتوبة تحكم وكلامه لا ضرورة بعد أداء المكتوبة لا ضرورة في النوافل إذ لا حرج في تركها فاعتبار عدمها بالنسبة إلى المكتوبة دونها أيضا تحكم **أجيب** بأن قوله لكل صلاة مطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل وهو المكتوبة فينصرف إليها وأن الحاجة في حق النوافل لم ترتفع لأنها خير موضوع في كل وقت وفي إلزام الطهارة حرج بين ورد بأنا لا نسلم أن صلاة ههنا مطلق بل عام بدخول كلمة كل فلا ينصرف ما ذكرتم وأن طهارتها بعد أداء المكتوبة إن كانت باقية تساوت الفرائض والنوافل في جوازها وإن لم تبق تساويا في عدم جوازها وفيه نظر **ولنا** قوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة وهو أي الوقت مراد بالأول أي بما رواه الشافعي لأن اللام تستعار للوقت يقال آتيك لصلاة الظهر أي وقتها فكان ما رواه نصا محتملا للتأويل وما رويناه مفسر لا يحتمل فيترجح عليه كما عرف في موضعه على أن الحفاظ اتفقوا على ضعف حديثه حكاه النووي في المهذب **وقوله** ولأن الوقت أقيم مقام الأداء دليل معقول والشارحون قالوا معناه ما ذكر شمس الأئمة في الجامع الصغير وهو قوله ثم في تقدير طهارتها بالصلاة نوع جهالة لأن المخرج لأن الناس يتفاوتون في أداء الصلاة فمنهم من يطول فيها ومنهم غير مطول فلم يكن منضبطة فتقدرنا طهارتها بالوقت دفعا للحرج وفيه نظر لأنا إذا قدرنا طهارة لا تختص بأدائه ارتفعت الجهالة والحرج والجواب أن ارتفاع الحرج ممنوع فإنا إذا قدرنا طهارة لا تختص بأدائه وفرضنا الفراغ عنه وأوجبنا عليه وضوءا آخر لكل ما يصلي من قضاء أو واجب أو نذر في وقته أو مكتوبة أخرى في وقت آخر تحقق الحرج في موضع التخفيف فإن اعتبار طهارتها للشرع رخصة وتخفيفا وذلك خلف باطل وإذا قام الوقت مقام الأداء تقرر الحكم عليه لأن الشيء إذا قام مقام شيء آخر كان المنظور إليه ذلك الشيء وقد عرف ذلك في موضعه فإذا خرج الوقت بطل وضوؤهم واستأنفوا الوضوء لصلاة أخرى عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله فقيل قوله واستأنفوا الوضوء لصلاة أخرى مستدرك لأن بطلان الوضوء يستلزمه **وأجيب** بأنه ذكر ليعلم أن المتيمم لصلاة الجنازة في المصر فإنه إذا صلى عليها بطل تيممه بالنسبة إلى غير صلاة الجنازة وبقيت في حق جنازة أخرى حضرت وتقوية الصلاة عليها إن اشتغل بالوضوء يجيء تحل كما ترى ويجوز أن يكون تأكيدا ويجوز أن يكون الأول لبيان المذهب والثاني لنفي قول زفر فإنه يقول استأنفوا إذا دخل الوقت فيجوز أن يكون كالتفسير للأول فإنه لما قال بطل وضوؤهم ربما يقول متوهم إن الوضوء كان باطلا بالحدث السابق فبين أن المراد ببطلان الوضوء وجوب استئناف وضوء آخر لا البطلان المعهود **وقوله** فإن توضؤا حين تطلع الشمس أجزأهم حتى يذهب وقت الظهر بيان موضع الخلاف فعند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد ما ذكره وعند أبي يوسف وزفر حتى يدخل وقت الظهر فلما كان مذهب ذكر أبي يوسف مع زفر في هذه المسألة كالمنافي لما ذكر من قوله فإذا خرج الوقت بطل وضوؤهم واستأنفوا للصلاة الأخرى وهو عند علمائنا الثلاثة احتاج إلى

بيان الاصل لبنى عليه فقال وحاصله اي حاصل ما ذكرنا من الاختلاف في هذه المسئلة ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت اي عند الخروج بالحدث السابق لم يعكس لاقتصاره في الظهور عليه بالاحتياط فان الاحتياط فيه دون عكسه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله و بدخوله فقط عند زفر رحمه الله وبايهما كان عند ابي يوسف رحمه الله انما قال اي عنده لان خروج الوقت ليس من صفات الانسان فضلا عن ان يكون حدثا فكان الانتقاض بالحدث السابق لكن الوقت مانع فاذا زال ظهر اثر الحدث فكانت النسبة الى الخروج مجاز **واعترض** بان الانتقاض لو استند الى الحدث السابق لما وجب القضاء على من شرع في التطوع ثم خرج الوقت لانه شرع فيها بلا طهارة والجواب بما ذكرنا ان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه فاذا كان الحكم دائرا عليه كان الانتقاض مقتصرا من ذلك الوجه فكان ظهورا من وجه اقتصارا من وجه فعملنا بالوجهين جميعا فجعلناه اقتصارا في القضاء وظهورا في حق المسح فان المستحاضة لا تمسح خفيها بعد خروج الوقت اذا كان الدم سائلا وقت الوضوء واللبس وعند الحكم لان طهارتها اذا انتقضت استند الى الحدث السابق ولم يعكس لا قتصار في الظهور على الاحتياط فان الاحتياط فيه دون عكسه **وقوله** وفائدة الخلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس عما انحصرت فيهما لان في الاولى دخولا بلا خروج فلا ينتقض عند ابي حنيفة ومحمد حتى تذهب وقت الظهر وينتقض عندهما وفي الثانية خروجا بلا دخول فينتقض عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله ولا تنتقض عند زفر فهذا ما يدل عليه ظاهر كلام المصنف رحمه الله كما ترى وقال فخر الاسلام رحمه الله طهارتها لا تنتقض عند ابي يوسف رحمه الله بدخول بلا خروج وتنتقض بخروج بلا دخول كما هو قولهما وقال فيما اذا توضأت قبل الزوال ودخل وقت الظهر انما يجب الطهارة لان الظهر عنده لان طهارتها انتقضت بدخول الوقت عنده بل لان طهارتها ضرورية ولا ضرورة في تقدمها على الوقت وقال في طرفه فخر الاسلام في مذهبه ان شيئا من ذلك يعني الخروج والدخول ليس بحدث وانما تنتقض الطهارة بطلوع الشمس لانه قيام الوقت جعل عذرا وقد بقيت شبهة فصلحت ليقام بحكم العذر تحقيقا قال صاحب النهاية وبعد التعديد يقول العلماء الاربعة كلهم متفقون على ان الحدث السابق انما يعمل عند خروج الوقت حتى الا عند ابي يوسف تقديم الطهارة على الوقت غير معتبر لعدم الحاجة فيجب عليها الوضوء ثانيا بعد دخول الوقت وعند زفر لم يدخل الخروج من كل وجه ما لم يدخل وقت مكتوبة اخرى فلذلك يجب عليها الوضوء بعد دخول الوقت عنده ايضا وقوله تظهر الا في الصاباب في المسائل لانه لا تظهر الا في الصور المذكورة فاذا عرفت ما ذكر المصنف صح وان اعتبرت ما ذكره فخر الاسلام صح فلم يكن الاختلاف بينهم الا في التخريج والتعويل على تصحيح النقل لمعرفته بانه ان اعتبار الطهارة مع المنافي للطهارة للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا يعتبر **فان قيل** تعليله يبين كيف يتوصف بالانتقاض عند دخول الوقت لتحقيقه بانه عدم الاعتبار انما هو بالنسبة الى الوقتية لا مطلقا فانها معتبرة في حق قضاء الفوائت والنوافل فكان نقضها باعتبارها للفاجاة اي لقيامها مكان الاداء بدخول الوقت وهذا لان الاداء يتمكن من الاداء كما دخل الوقت وليس الكاف للتشبيه بل تعتبر على خلقيه جاز ان ينحط رتبته عن رتبة الاصل قلت فيه عبارة المصنف تسامح لانه قال لا حاجة من تقديم الطهارة وذلك يستعمل في الوجوب لا محالة وليس التقديم واجبا فلا يجب ان المعنى فبحذف اي لا يتحقق جواز تقديم الطهارة واذا كان كذلك لم يكن الجواز لخلاف الطهور لضرورة عن كونه مختلفا الحاجة ولها خروج الوقت فدليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده **وقوله** فالمراد بالوقت وقت الفرض اي المراد بالوقت الذي اعتبر خروجه ودخوله وقت المفروضة **وقوله** عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله **وقوله** وهو الصحيح احترازا عما قال بعضهم ليس له ان يصلي الظهر به لانه خرج وقت صلاة واجبة

وقوله

قوله لا يقضي يعني صلاة العيد بمنزلة الضحى من حيث انها ليست بمفروضة حتى قال بعض المشايخ انها صلاة الضحى ادّيت بجماعة **وقوله** تعتبرها اي عند ابي حنيفة ومحمد وانما خصهما بالذكر وان كان الحكم عند الجميع كذلك لما ان الشبهة تاتي على قولهما لان عندهما له ان تقدم الطهارة على الوقت ولا تنتقض بالدخول ومع ذلك ليس له ان يصلي العصر بتلك الطهارة لما ان هذا دخول مشتمل على خروج فهي ان لم تنتقض بالدخول انتقضت بالخروج فقيل انما وضع المسئلة في الظهر ليتبين انه ليس بين وقت الظهر والعصر وقت مهمل وما روي الحسن عن ابي حنيفة ان ظل كل شيء اذا كان مثله خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر ليس بصحيح **قال** والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة لما فرغ من بيان احكام المستحاضة عرفها بانها هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه قال الامام التمرتاشي في حالة البقاء فاما في الثبوت فيشترط دوام السيلان من اول الوقت الى آخره احتياطا بالشروط فانه لا يثبت حتى يستوعبه في الوقت كله وهو مشكل على كل حال الا ان يكون تعريفها لما في الابتداء والانتهاء مما يدل عليه ظاهر كلام المصنف رحمه الله فانه ينتقض بالحائض لانها قد تكون على وجه لا يمضي عليها وقت صلاة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وربما اذا رأت الدم في اول الوقت فان التعريف صادق عليها وليست بمستحاضة بدليل عدم انتقاض طهارتها بخروج الوقت والمستحاضة تنتقض طهارتها بذلك والدليل على عدم انتقاض طهارتها ما ذكره شمس الائمة السرخسي في الجامع الكبير وقال اذا توضأت المستحاضة في وقت العصر والدم منقطع وصلت ركعتين فدخل وقت المغرب ثم سال الدم فعليها ان تتوضأ وتبني على صلاتها لان انتقاض الطهارة كان بالحدث لا لخروج الوقت فلم يوجد منها اداء شيء من الصلاة بعد الحدث فجاز لها ان تبني جاز ان كان تعريفا في الانتهاء فقط كما قال الواقف كذلك ويلزم اختلاف حقيقة الشيء بالنسبة الى الحالتين والحقيقة لا تختلف ولعل الصواب ان يقال في تعريف المستحاضة من ثبت عذرها باستمرار الدم من فرجها وقت صلاة كاملا ليس من اوقات الحيض والنفاس ثم لا يخلو عنه منذ توضأت فيه الدم **وقوله** من ثبت عذرها بمنزلة الجنس **وقوله** باستمرار الدم احتراز عمن هو بمعناها ممن به انفلات الريح وانطلاق بطن وغيرها **وقوله** من فرجها احتراز عما اذا ثبت عذرها ابتداء **وقوله** ليس اي ذلك الوقت من اوقات الحيض والنفاس احتراز عما ورد على التعريف الاول من النقض بصورة الحائض والنفساء احتراز عما ورد على التعريف الاول من النقض بصورة الحائض والنفساء كالحائض في الورود **وقوله** ثم لا يخلو اي المستحاضة عنه اي عن الدم منذ توضأت فيه اي في الوقت لبيان ان الاستمرار ليس بشرط في البقاء ولاخراج ما ورد من النقض بقوله ربما اذا رأت الدم في اول الوقت ثم انقطعت الدم فيه كان قبل التحقق والمعتبر انه يكون بعده او عنده **وقوله** ان دام يعني الحدث لبيان ان ثبوت كونها مستحاضة لا يتوقف على قوله بعد خلوه عنه الى آخره وانما ذلك للبقاء وباستمرار الدم في وقت كامل يثبت ذلك وان انقطع في الوقت الثاني بالكلية **وقوله** وكذلك كل من هو في معناها اي في معنى المستحاضة اي يكون حكمه حكمها **وقوله** وهو من ذكرناه يعني قوله ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ **وقوله** ومن به استطلاق بطن او انفلات ريح عطف على قوله من ذكرناه والاستطلاق في البطن مشيه والانفلات خروج الشيء فلتة اي بغتة لان الضرورة بهذا اي بما ذكرنا من الاحداث يتحقق وهي اي الضرورة تعم الكل فيكون الكل حكم المستحاضة ولو اريد تعريف المعذور قيل هو من حصل به دوام حدث وقت صلاة كاملا ثم لا يخلو عنه منذ توضأ فيه الى آخر ذلك والقيود تعرف مما تقدم والله اعلم

فصل في النفاس

الدماء المختصة بالنساء حيض واستحاضة ونفاس والنفاس اخرها رتبة لما دل على ذلك فيما تقدم من ترتيب الحيض والاستحاضة والنفاس مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها اذا ولدت فهي نفساء وهي نفاس

في الاصطلاح هو الدم الخارج عقيب الولادة وقوله عقيب الولادة صفة للدم لانه لم يرد به معين فهو
في معنى النكرة وقوله لانه مأخوذ فيه تسامح لانه تعليل في موضع التعريف ويتدارك بانه جعله
من باب التسمية كانه قال سمي الدم الخارج عقيب الولادة بالنفاس لانه مأخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج
النفس بسكون الفاء بمعنى الولد او بمعنى الدم من قولهم له نفس سائلة قال صاحب المغرب واما اشتقاقه من
تنفس الرحم او خروج النفس بمعنى الولد فليس بذاك وذكر في المجتبى انه مشتق من تنفس الرحم او النفس او الولادة
على ما قال الشاعر ... اذا نفس المولود من آل خالد ... بدا كرم للناظرين قريب
وقد وجد ذلك كله **قوله** والدم الذي تراه الحامل ابتداء اي حال الحبل او حال ولادتها قبل خروج الولد
استحاضة وان كان ممتدا اي بالغا نصاب الحيض وقال الشافعي هو حيض اعتبارا بالنفاس يعني اذا ولدت ولدا
في بطن واحد فان الدم قبل خروج الولد الثاني فانها حامل به حتى الولد الثاني وذلك نفاس عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله والجامع كونهما جميعا من الرحم ولنا ان الحيض دم الرحم ودم الرحم لا يوجد من الحامل
لان بالحبل ينسد فم الرحم لان الله تعالى اجرى عادته بذلك لئلا ينزل ما فيه لكون الثقب من اسفل والاعتبار
بالنفاس فاسد لانه انما يكون بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما روي
عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فم الرحم ينفتح فيتنفس الدم هذا اذا خرج اكثر الولد فاما اذا خرج اقله
فلا تصير نفساء وان خرج الدم لان النفاس ما يعقب الولادة ولم يوجد الولادة حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه
ليس للاقل حكم الكل وانما ابهم البعض للاختلاف وقع في الرواية روى خلف بن ايوب عن ابي يوسف عن ابي
حنيفة ان الدم الذي تراه للكراهة بعد خروج اكثر الولد نفاس وروى المعلى عن ابي يوسف بعد خروج بعض
الولد وروى هشام عن محمد بعد خروج الرأس ونصف البدن او الرجلين واكثر من نصف البدن وعنه انها لا تصير
نفساء حتى يخرج جميع ولدها وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه ان ابا يوسف مع ابي حنيفة في خروج الاكثر وهو
صحيح على ما روى خلف بن ايوب واما محمد فلم يذكر انه مع ابي حنيفة وليس على قياس مذهب محمد فان مذهبه
ان النفاس انما يثبت بوضع الحمل فلم يوجد وضع الحمل كله لا يثبت النفاس فلعل المصنف اطلع على رواية تعلقه
وقوله والسقط الذي استبان بعض خلقه كاصبع مثلا ولد حتى تصير المرأة نفساء وتصير الامة ام ولد به اي ادعاه
المولى والعدة تنقضي به والذي لم يستبن من خلقه شيء فلا نفاس لها ولكن ان امكن جعل المرئي من الدم حيضا بان
يتقدم الاقل مدة الحيض ويتقدمه طهر تام يجعل حيضا وان لم يمكن كان استحاضة **قال** ولا حد لاقل النفاس لان الاقل
لا قلة قال شيخ الاسلام في مبسوطه اتفق اصحابنا على ان اقل النفاس ما يوجد فانها اذا ولدت وانقطع الدم ساعة
ثم انقطع عنها الدم فانها تصوم وتصلي فكان ما رأت نفاسا لا خلاف في هذا بين اصحابنا انما الخلاف فيما اذا وجب
اعتبار اقل النفاس في انقضاء العدة بان قال لها اذا ولدت فانت طالق فقالت انقضت عدتي اي مقدار يعتبر
لاقل النفاس مع ثلاث حيض عند ابي حنيفة رحمه الله يعتبر اقله بخمسة وعشرين يوما وعند ابي يوسف باحد
عشر يوما وعند محمد بساعة وهذا كما ترى يقتضي وجود الدم فان ولدت ولم تر دما فهي نفساء في رواية الحسن
عن ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة ثم رجع ابو يوسف وقال هي طاهرة وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الغسل
فاما الوضوء فواجب بالاجماع كذا في المحيط واكثر المشايخ اخذوا بقول ابي حنيفة وبعضهم اخذ بقول ابي يوسف
وهو القياس لان النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة فاذا لم يكن لها دم لا يكون نفاسا وقول ابي حنيفة احوط
والجامع يتقدر اقله بخلاف الحيض لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف الحيض فانه
اشترط فيه امتداد الدم ثلاثة ايام ليعلم ان ذلك الدم من الرحم اولا اذ لا دليل على كونه من الرحم وفي النفاس قد
علم انفتاح فم الرحم بخروج الولد **وقوله** واكثره اربعون يوما ظاهر ومذهبنا مروي عن ابن عمر وعائشة وام سلمة
وام حبيبة رضي الله عنهم ومثله لا يعرف الا سماعا وهو الموافق المعقول لانهم اجمعوا على ان اكثر مدة النفاس اربعة

امثال

امثال اكثر مدة الحيض وقد ثبت في باب الحيض ان اكثر مدة الحيض عشرة ايام بلياليها فكان اكثر مدة النفاس
اربعين يوما وانما كان اكثر مدة النفاس اربعة امثال اكثر مدة الحيض لان الروح تدخل في الولد بعد
اربعة اشهر فيجتمع الدم اربعة اشهر فاذا دخل الروح صار الدم غذاء للولد فاذا خرج الولد خرج
ما كان محتبسا من الدم اربعة اشهر في كل شهر عشرة ايام **وقوله** وان جاوز الدم الاربعين فظاهر
وقوله وان ولدت ولدين في بطن واحد يعني ان يكون بينهما اقل من ستة اشهر **وقوله** وان كان
بين الولدين اربعون يوما وقد مضت فلا يجب النفاس بعدها وكذلك لكل واحد منهما ذكر في الكتاب والمختار
وقوله والعدة تعلقت بوضع حمل جواب عن قياس محمد النفاس على انقضاء العدة وجهه ان العدة تنقضي
بوضع حمل مضاف اليها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن والحمل اسم لكل ما في البطن فما
بقي الولد في بطنها موجودا كانت حاملا فلا تنقضي العدة حتى تضع الجميع

باب الانجاس وتطهيرها

لما فرغ عن بيان النجاسة الحكمية وتطهيرها شرع في بيان النجاسة الحقيقية وتطهيرها لان الاولى اقوى
لكون قليلها يمنع جواز الصلاة بالاتفاق فكان بالتقديم اولى وتعقيب كلامه باب بيان الانجاس والانجاس
جمع نجس بفتحتين وهو كل مستقذر وهو في الاصل مصدر ثم استعمل اسما قال الله تعالى انما المشركون
نجس فكما انه يطلق على الحقيقي يطلق على الحكمي الا انه لما تقدم بيان الحكمي امن اللبس فاطلقه **وقوله**
وتطهيرها اي تطهير محلها من البدن والثوب والمكان فترك ذكرها للاضافة الى الضمير للانجاس ثم الكلام في
هذا الباب في مواضع في الدليل الموجب للتطهير وفي آلة التطهير وفي بيان انواع النجاسة وفي كيفية
التطهير وفي القدر الذي يصير المحل نجسا وفيما يتعذر التطهير به **وقوله** تطهير النجاسة اي تطهير
محل النجاسة باثبات الطهارة فيه كما ذكرنا وقيل تطهير النجاسة اي ازالتها واجب من بدن المصلي وثوبه
والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك فطهر امر بتطهير الثياب مطلقا وهو للوجوب فان قلت
قد قال المفسرون معناه فقصر فلا يتم دليلا على ازالة النجاسة اجيب بان ذلك مجاز والاصل هو الحقيقة
على ان تقصير الثياب يستلزم الطهارة عادة فيكون امرا بتطهير الثوب اقتضاء واذا كان تطهير الثوب
واجبا بالنص حال المناجاة به كان تطهير المكان والبدن كذلك لما ثبت ان الاول بالنص والثاني بالدلالة
وقوله صلى الله عليه وسلم حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء الحت القشر بالعود والقرص
باطراف الاصابع لا يقال الحديث ورد في اسماء بنت ابي بكر حين سألته عن دم الحيض يصيب الثوب
فيقتصر عليه لانا نقول الموجب لوجوب تطهيره كونه نجسا ولا خصوصية له بذلك فيلحق به كل ما كان
نجسا ثم المعتبر في طهارة المكان موضع قدم المصلي فان كان فيما اكثر من قدر الدرهم فالصلاة فاسدة
وان كان في موضع السجود فكذلك في رواية محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله وفي رواية ابي يوسف عنه
جائزة **وقوله** ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر احتراز عن بول ما يؤكل لحمه فان الاحتراز ان
التطهير لا يحصل به وقيد بحصل حتى لو غسل دم بذلك رخصا فيه نجس قال شمس الائمة السرخسي ولا
ان التطهير بالخل يكون لنقصان في الوصفين وكذا الحكم في الماء المستعمل **وقوله** يمكن ازالتها به
احتراز عن الدهن والسمن وما اشبه ذلك لان الازالة انما تكون بان يخرج اجزاء النجاسة مع المزيل شيئا
فشيئا وذلك انما يتحقق فيما ينعصر بالعصر واما كل الماء وان كان يجوز التطهير به ثابتا بالاجماع لعلمه
دل ان الازالة غير واجبة به بل تجوز به وبغيره **وقوله** لانه متعين قال الملاقاة يعني لاختلاطه بالنجاسة

والنجس لا يفيد الطهارة ظاهر به يتقوى ما ذكرنا من رواية شمس الائمة في بولها انه كل وقوله الا ان
هذا القياس ترك في الماء المطلق جواب عما يقال فهذا المعنى موجود في الماء ايضا فيمتنع شمول الجواز وعدمه
وقوله وملاقاة المائع قالع ظاهر ... ان الاشتراك في العلة يوجبه في المعلول ذلك لما تطهر بعلة
القلع والازالة وهذه العلة موجودة في الخل واشباهه فيكون مطهرة كالماء وقوله والنجاسة
بالمجاورة جواب عن استدلالهم وهو في الحقيقة قول بالموجب اي سلمنا انه يتنجس باول الملاقاة لكن المحل
لم يكن نجسا لعينه بل كانت النجاسة بالمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجاسة بالعصر بقي المحل طاهرا لا يقال
التعليل بالقلع لا يجوز لان النص يقتضي الغسل بالماء قال عليه الصلاة والسلام اغسليه بالماء لانا نقول
الغسل بالماء اما ان يكون واجبا لعينه او لغيره والاول ممنوع لان المصلي اذا قطع موضع النجاسة وصلى
بذلك الثوب جازت الصلاة بلا خلاف والثاني مسلم فانه واجب التطهير وهو يحصل باستعمال المائع كحصوله
باستعمال الماء على ما بيناه وقوله وجواب الكتاب اي القدوري وهو قوله يجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع
طاهر الخ مطلق عن الثوب والبدن لا يفرق بينهما وقوله وعنه اي عن ابي يوسف في رواية الحسن بن
ابي مالك عنه انه فرق وقال لا يجوز في البدن الا بالماء لان غسل البدن طريقه العبادة فاختص بالماء كالوضوء
وغسل الثوب طريقه ازالة النجاسة فلم يختص بالماء كالخف وهو ضعيف لان الكلام فيما اذا كان عين النجاسة
قائمة بالبدن ولا فرق بين ان التماسها منه وازالتها من الثوب قال واذا اصاب الخف نجاسة لها جثة اذا
اصاب الخف فاما ان يكون لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني او لا يكون كالبول والخمر ونحوهما والاول اما
ان حصله جفاف ام لا فان حصل له ذلك فدلكه بالارض جاز الى طهره في حق جواز الصلاة استحسانا واما
اذا اصابه الماء بعد ذلك هل يكون نجسا كما كان ففيه روايتان وقال محمد لا تجوز الصلاة به وهو القياس
اي على الثوب والبساط جامع ان النجاسة تداخلت في الخف تداخلها فيهما والى هذا اشار بقوله لان التداخل
في الخف لا تزول الا في المني فانه يطهر على ما سنذكره وفرك بالدلك بالارض رواية الاصل وذكر الحلبي الصغير
ان ... حكة الحنة بعد ما يبس طهورها استحسانا بالاثر وهو ما روى ابو سعيد الخدري رحمه الله في حديث
خلع النعال انه صلى الله عليه وسلم صلى يوما فخلع نعليه في الصلاة فخلع القوم نعالهم فلما فرغ سالهم عن ذلك
فقالوا رأيناك خلعت نعليك فقال صلى الله عليه وسلم اتاني جبريل واخبرني ان بهما اذى فخلعتهما ثم قال اذا اتى
احدكم المسجد فليقلب نعليه فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور والاذى هو ما يستقذر
كانه يوخذ من بقربه نقي وكراهة جعل المسح بالارض طهورا وهو منتشر لا يتناول الماء وبل لان الحديث ساقط
العبرة لانه صلى الله عليه وسلم لم يستقبل الصلاة فكان الخطر مع النجاسة ... ذلك الوقت ولاحتمال ان
يكون من قدر النهي وقوله ولا يشكل على ... استدلالا بالمعقول وهو ظاهر وان لم يحصل لها جفاف
لا يطهر حتى يغسله لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال اذا مشى على الروث
مع ... الارض حتى لم يبق فيه اثر النجاسة ولا رائحتها يطهر لعموم البلوى واطلاق ما رويناه يعني قوله
فليمسحهما بالارض الحديث فانه لم يفرق بين الرطب واليابس وعليه مشايخنا قال شمس الائمة السرخسي وهو
صحيح وعليه الفتوى للضرورة فادخل الحديث كما لم يفرق بين الرطب واليابس لم يفرق بين ما له جرم وبين
ما ليس له جرم فكان الواجب ... في الحكم الخف بانه فرق بينهما واخرج الذي لا جرم لها بالتعليل وهو قوله
صلى الله عليه وسلم فان الارض لهما طهور اي تزيل نجاستهما ونحن نعلم ان الخف اذا تشرب البول والخمر لا يزيله
المسح ولا يخرجه عن الخف ... فكان اطلاقه مصروفا الى القدر الذي يقبل الازالة بالمسح وهو ما له جرم
والثاني اعني الذي لا جرم له لا يطهر الا بالغسل لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وعن ابي
يوسف ان ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له فاذا جف فدلكه بالارض طهر كالتي لها جرم واذا اصاب

الثوب

الثوب لا يطهر الا بالغسل واما المني اذا اصاب الثوب فان كان رطبا فهو نجس يجب غسله وان جف على
الثوب اجزأ فيه الفرك استحسانا والقياس ان لا يطهر بالفرك لانه دم الا انه نضيج فهو كسائر انواع
الدم لا يطهر الا بالغسل وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان
رطبا وافركيه ان كان يابسا وهو حجة على الشافعي رحمه الله في جعله طاهرا استدلالا بحديث ابن عباس
رضي الله عنهما انه قال المني كالمخاط فامطه عنك ولو باذخرة فان قيل اذا استدل الشافعي بحديث ونحن
بحديث فما وجه قول المصنف والحجة عليه ما رويناه فالجواب ان وجه ذلك ان حديثه لا يدل عليه
لان قوله كالمخاط لا يقتضي ان يكون طاهرا لجواز ان يكون التشبيه في اللزوجة وقلة التداخل وطهارته
بالفرك والامر بالاماطة مع كونه للوجوب يستدعي ان يكون نجسا لان ازالة ما ليس بنجس ليست بواجبة
على انه موقوف عليه فلا يصح به الاحتجاج وقوله وقال صلى الله عليه وسلم دليل آخر على نجاسته
روي انه صلى الله عليه وسلم مر بعمار بن ياسر وهو يغسل ثوبه من النخامة فقال له صلى الله عليه وسلم
ما نخامتك ودموع عينيك والماء الذي في ركوتك الا سواء انما يغسل الثوب من خمس من البول والغائط والدم
والمني والقيء وفي رواية الاسرار الخمر مكان القيء لا يقال الاستدلال به يقتضي غسله رطبا ويابسا والمسح
قائلين به فكان متروكا لانه حديث عائشة مفسر فجاز تركه اليابس وحمل الخبر الى المراد به الرطب
فحمل عليه توفيقا بينهما ولو اصاب المني البدن قال مشايخنا قيل يطهر به مشايخ ما وراء النهر يطهر بالفرك
لان البلوى فيه اشد لانفصال الثوب عن البدن دون البدن وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يطهر
الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود ما يشرب منه البدن الى الجرم وليس كذلك فيما يطهر بالفرك
نصا والبدن لا يمكن فركه قال والنجاسة اذا اصابت المرآة اذا اصابت النجاسة جسما صقيلا
كالمرآة والسيف والسكين يكتفي بمسحها لانه لا تتداخله النجاسة فلا يحتاج الى الاخراج من الداخل
وما على ظاهره يزول بالمسح ولا فصل في ذلك بين الرطب واليابس والعذرة والبول وذكر في الاصل ان البول
والدم لا يطهر الا بالغسل والمصنف رحمه الله كانه اختار ما ذكره الكرخي ولم يذكر خلافا لمحمد وهو المختار للفتوى
لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها ويصلون معها واذا اصابت الارض
نجاسة وذهب اثرها وهو اللون والرائحة بالجفاف جازت الصلاة على مكانها وقوله بالشمس ليس بشرط
في طهارتها وانما وقع اتفاقا فان الارض في العادة تجف بالشمس وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان
النجاسة حصلت في المكان والمزيل لم يوجد ولهذا لم يجز به التيمم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض
يبسها اي طهارتها جفافها فاطلق اسم السبب على المسبب لان الذكاة وهي الذبح سبب لطهارة الذبيحة
وجعل صاحب الاسرار هذا الحديث موقوفا على عائشة رضي الله عنها قال واما الذي روي عن النبي صلى
الله عليه وسلم في هذا فقوله ايما ارض جفت فقد ذكت وصاحب المغرب جعله قول محمد بن الحنفية ولقائل
ان يقول معناهما واحد فيجوز ان يكون نقلا بالمعنى فيكون مرفوعا وقوله وانما لا يجوز التيمم جواب
عن قولهما ولهذا لا يجوز التيمم به لان طهارة الصعيد شرط بالكتاب قال الله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا
فلا يتادى بما ثبت بالحديث لانه لا يفيد القطع فلا يكون الطهارة قطعية بجفاف الارض والكتاب
يقتضي ذلك فان قلت الشيء اذا تكرر ان طهارة المكان ثبتت بدلالة قوله تعالى وثيابك فطهر والثابت
بالدلالة كالثابت بالعبارة في كونه قطعيا حتى يثبت الحدود بها وان بدلالة النصوص فوجب ان
لا يجوز الصلاة عليها كما لا يجوز التيمم قلت اجيب بان الآية ههنا ظنية لان المفسرين رحمهم الله اختلفوا في
تفسيرها فقيل المراد به تطهير الثياب وقيل تقصيرها للمنع عن التكبر ... فان العرب كانوا يجرونها اذيالهم
تكبرا وقيل المراد تطهير النفس عن المعايب والاخلاق الرذية واذا كان كذلك كان ظني الدلالة وهذا لا يكفي

من انكر اشتراط طهارة الثوب وهو عطاء فيكون الدلالة كذلك فان قيل الطيب ايضا يحتمل الطاهر والمنبت
وعلى الثاني حملها ابو يوسف والشافعي رحمهما الله ولا يجوز ان يكونا مرادين لعدم عموم المشترك فيكون مأولا
وهو من الحجج الظنية كالعام فيجب ان لا يجوز التيمم اجيب بان الاحتمال في الطيب مسلم لكن الطاهر مراد بالاجماع
كما تقدم انما الخلاف في اشتراط المنبات فيكون اشتراط الطهارة قطعيا فلا يتأدى بطهارة ثبتت بخبر الواحد قال
وقدر الدرهم وما دونه من النجاسة المغلظة اما ان تكون غليظة او خفيفة فان كانت غليظة وهي ما ثبتت بدليل
مقطوع به كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار اذا كانت قدر الدرهم جازت الصلاة معه وقوله وما
دونه مستغنى عنه وان زاد لم يجز وقال زفر والشافعي رحمهما الله قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب
للتطهير وهو قوله تعالى وثيابك فطهر لم يفصل بين القليل والكثير ولنا ان القليل منها لا يمكن التحرز عنه فان الذباب
يقعن على النجس ثم على الانسان وكذلك دم البراغيث لا يمكن التحرز عنه فكان في القليل ضرورة ومواضع الضرورة مستثناة
في كل الشرع فجعل عفوا وقدرناه اي القليل بقدر الدرهم يعني ذلك لا يمنع فان زاد عليه يمنع وهو قول الشعبي
اخذنا به لانه اوسع وكان النخعي يقول اذا بلغت مقدار الدرهم منع وفي الحديث قال النخعي استقبحوا ذكر المقاعد
في مجالسهم فكنوا عنه بالدرهم ووجه الاخذ مما قال المصاحب وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن استجمر
فليوتر ومن لا فلا حرج عليه ونفى الحرج عن الاستنجاء عن طلب بالحجارة ولا حرج
في ذلك فعلم انه سقط حكمه لقلة النجاسة فان ذلك القدر عفو وما ثبت ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا
يكتفون بالمسح في الاستنجاء وذلك لا يزيل النجاسة حتى لو جلس المستنجي في الماء القليل نجسه فهو
دليل على ان القليل من النجاسة عفو ثم يروى عن محمد رحمه الله اعتبار الدرهم من حيث المساحة حيث قال في
النوادر الدرهم الكبير هو ما يكون مثل عرض الكف وروي عنه من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال فهو ما يبلغ وزنه
مثقالا وهو الذي ذكره في كتاب الصلاة فقال الفقيه ابو جعفر وفق بين الروايتين بان قال ان الاولى يعني رواية
المساحة في الرقيق منها والثانية يعني رواية الوزن في الكثيف وقوله وانما كانت نجاسة هذه الاشياء يعني المذكورة
في اول النجس مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به قيل بالاجماع وقيل التغليظ عند ابي حنيفة رحمه الله ثبت بنص
لا معارض له وعندهما ثبت بالاجماع وفي الكتاب اشارة الى ذلك وقيل المراد بالدليل القطعي ان يكون سالما عن
الاشتباه [illegible] والتخفيف يجيء بتعارض النصين وتجاذب الاجتهاد والضرورات الخفيفة وان كانت خفيفة
وهي ما ثبت بغير مقطوع به كبول ما يؤكل لحمه جازت معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفة وهو
مروي عن محمد ايضا لان التقدير بالكثير الفاحش والكثير الفاحش هو ما يستكثره الناس ويستفحشونه والربع ملحق
بالكل في حق بعض الاحكام كمسح الرأس وانكشاف العورة وغيرها فيلحق به هاهنا وبالكل يحصل الاستفحاش فكذا بما
قام مقامه ثم اختلف في تفسير الربع فقيل ادنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر وهو مروي عن ابي حنيفة
ويقويه ما قال ابو بكر الرازي يعتبر السراويل احتياطا لانه اقصر الثياب وقيل ربع الموضع الذي اصابه
كالذيل وهو ما فهم من قول الرجل فلان شمر الذيل والكم والجيب وعن ابي يوسف شبر في شبر اي يعتبر طولا
وعرضا اخذا من باطن الكفين يعني ما وراء الرسغ من الخف فان باطنهما يبلغ شبرا فيحكي تقدير الكثير
الفاحش به وهذا لان حكم النجاسة الخفيفة ساقط العبرة في الخف في طهارته بالمسح على قول ابي حنيفة
وابي يوسف وفي رواية عن محمد وبالمسح اذا زالت العين فلا يشك في بقاء الاثر فلم يعتبر ذلك فقدر به الكثير
الفاحش كما قدر بالدرهم موضع الاستنجاء حين سقط اعتبار ما على السبيل من النجاسة وانما كان يعني بول ما
يؤكل لحمه مخففا عند ابي حنيفة رحمه الله رعاية لعموم الاصل الا ان [illegible] وذكر في الهداية تعذر
ما كان بين ذلك ولعله من باب التربيع وقيل ذلك من باب النزح وثمرة ذلك تظهر في الارواث على ما نسند
وانما خص الفصل الاول بابي يوسف وحده تخصصه فبهذا سقط ما اورده صاحب النهاية واذا اصاب

الثوب

الثوب من الروث او الخثا اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند ابي حنيفة رحمه الله لما
ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله لان الاجتهاد فيه مساغا لان مالكا يقول بان البعر والروث وخثي
البقر طاهر وقال ابن ابي ليلى ليس بشيء قليله وكثيره لا يمنع الصلاة لان ذلك وقود اهل الحرمين
ولو كانت نجسا لما استعملوها كالعذرة وقوله ولان فيه ضرورة بيان التخفيف عندهما ثبت
بشيئين وهو البلوى والضرورة والجواب ان الاختلاف في العمل لا يخرج النجاسة عن كونها غليظة لانه
لما لم يرد نص بخلافه كان اختلافهم بناء على الرأي وهو لا يعارض النص وكذلك البلوى لا تعتبر في موضع
النص الا ترى ان البلوى في بول الحمار اكثر لانه يترشش فيصيب الثياب ومع ذلك لا يخفف اكثر من قدر الدرهم
وكذلك بول الآدمي ورد بان الضرورة لم تعتبر في مقابلة النص بالنجاسة كما قال ابو حنيفة رحمه الله
بخفة نجاسة بول ما يؤكل لحمه لانه منصوص بقوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول الحديث واجيب
بانه لم يعلل ذلك للضرورة والبلوى بل للتعارض بحديث العرنيين وقوله بخلاف بول الحمار جواب عما
يقال الضرورة في بول الحمار كالضرورة في روثه وقد قلتم بتغليظه ووجهه انا لا نسلم ذلك لان الارض
تنشفه فلا يبقى على وجه الارض منه شيء يبتلى به المار بخلاف الروث والجواب ان الضرورة
انما هي في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فيكتفي مؤنتها بذلك التخفيف فلا تخفف في
نجاستها ثانيا الحاقا للروث بالعذرة فان الحكم فيها كذلك بالاتفاق ولا فرق بين ماكول اللحم وغيره عند
العلماء الثلاثة وزفر رحمه الله فرق بينهما فوافق ابا حنيفة في غير الماكول لانه قاس الخارج من احد
السبيلين بالخارج من السبيل الآخر والخارج من السبيل الآخر وهو البول يختلف باختلاف كونه ماكول
اللحم وغيره فكذا الخارج من هذا السبيل الآخر وهو البول وقوله وعن محمد انه طاهر وقوله وقاسوا
عليه طين بخارى يعني قال المشايخ لا يكون الكثير الفاحش مانعا وان كان مختلطا بالعذرات وعنه بدخوله في
الري رجع عنه عن الرواية المشهورة عنه في الخف انه لا يطهر الا بالدلك بالارض يروى قال وان اصابه بول
الفرس لم يفسد حتى يفحش كذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله مر في هذه المسئلة على اصله في بول ما يؤكل
لحمه نجاسة مخففة عند ابي يوسف لا يمنع حتى يفحش وطاهر عند محمد لا يمنع وان فحش واما ابو حنيفة
رحمه الله فانه حرم اكله [illegible] حديث العرنيين وقوله عليه السلام
استنزهوا البول الحديث [illegible]
لان فيه المثلة فيكون منسوخا ولا تعارض بين الناسخ والمنسوخ [illegible]
لحم الفرس [illegible] كراهة التحريم [illegible] والجواب عن الاول
ان الدلالة دون العبارة [illegible] فترجح جانب العبارة وتحقق التعارض [illegible]
القصة على المثلة [illegible] انتساخ المثلة لا يدل على انتساخ
طهارة بول [illegible]
[illegible]
الثاني بان حرمة الفرس عنده لم تكن لنجاسته بل [illegible] لكونه آلة الجهاد [illegible]
قال بطهارة بوله وهذا [illegible] يلزم منه الانقطاع لان اول الكلام كان مبنيا على ان بول ما يؤكل لحمه
عنده جنس الخيل [illegible] ما ذكر قبله يكون الحرمة للنجاسة وقد عرف بطلان ذلك في اصول الفقه
ولصعوبة التقصي عن عهدة هذا المقام ذهب بعض المحققين الى ان المراد بتعارض الآثار التعارض
في لحمه فانه روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال وروي انه صلى الله عليه وسلم اذن في لحم

الحكم هكذا لا يوجب التخفيف في بوله لانه ماكول من وجه فلا يكون كبول الكلب والحمار والكلام فيه كالكلام فيما قبله لان المبيح منسوخ كما في الحمار فان اصابه خرؤ ما لا يؤكل لحمه من الطيور كالصقر والبازي والحدأة اجزأت الصلاة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تجوز وقد قيل ان الاختلاف في النجاسة يعني انه طاهر عندهما وهو المنقول عن الكرخي ونجس عند محمد كالخمر وقد قيل في المقدار يعني انه نجس بالاتفاق لكنه خفيف عند ابي حنيفة غليظة عندهما وهو المنقول عن ابي جعفر الهندواني ويفهم من لفظ المصنف رحمه الله ان ابا يوسف مع ابي حنيفة على رواية الكرخي ومع محمد على رواية الهندواني **وقوله** هو يقول التخفيف للضرورة على طريقة الهندواني وفخر الاسلام وهو ظاهر ولو وقع في الاناء قيل يفسده لامكان صون الاواني عنه وبه اخذ ابو بكر الاعمش وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه وبه اخذ الكرخي وان اصابه من دم السمك طاهر **وقوله** ليس بدم على التحقيق لان الدم على التحقيق يسود اذا شمس ودم السمك يبيض ولهذا يحل تناوله من غير ذكاة وروى المعلى عن ابي يوسف انه اعتبر الكثير الفاحش فان انتضح عليه البول مثل رؤوس الابر فذلك ليس بشيء يوجب الغسل على المصلي لانه لا يستطاع الامتناع عنه لا سيما في مهب الريح وقد سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن ذلك فقال انا نرجو من عفو الله اوسع من هذا وعن ابي جعفر الهندواني ان قول محمد مثل رؤوس الابر دليل على ان الجانب الآخر من الابر معتبر وغيره من المشايخ قالوا بل لا يعتبر الجانبان جميعا لدفع الحرج **قال** والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية لحصر ضروري لتردده بين النفي والاثبات وذلك لان النجاسة بعد الجفاف اما ان تكون مستجسدة كالغائط والدم او غيرها كالبول والخمر فطهارة الاولى بزوال عينها من غير اشتراط عدد فيه لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها **وقوله** الا ان يبقى من اثره لونه او رائحته ما يشق ازالته لان الحرج في الازالة الى غير الماء كالصابون والاشنان في ذلك لا يمنع الجواز وهذا استثناء العرض من العين وهو العين فيكون منقطعا والاصل في ذلك ان ازالة مثل ذلك حرج وهو موضوع وفيه اشارة الى ان زالت بمرة واحدة لا تحتاج الى غسل بعده **وقوله** فيه كلام الى اختلاف المشايخ كان ابو جعفر يقول ... النجاسة تغسل مرتين لان الحق بغير مرئية غسلت مرة فيغسل مرتين ... الثانية ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر وكلامه ظاهر **وقوله** وتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه فانه ذكر فيه حتى يغسلها ثلاثا وقد تقدم **وقوله** في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن محمد في غير رواية الاصول اذا غسل ثلاث مرات وعصر في المرة الثالثة يطهر وفي غير رواية ~~الاصول اذا غسل ثلاث مرات وعصر في المرة الثالثة يطهر وفي غير رواية~~ الاصول ايضا انه يكتفي بالغسل مرة وهذا فيما ينعصر واما غيره كالحصير مثلا فان ابا يوسف يقول يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة فيطهر لان للتجفيف اثرا في استخراج النجاسة فيقوم مقام العصر اذ لا طريق سواه والحرج موضوع ومحمد يقول لا تطهر ابدا لان الطهارة بالعصر وهو مما لا ينعصر

فصل في الاستنجاء

قال لم يذكر محمد الاستنجاء عند ذكر سنن الوضوء وان كان من اقوى سننه لانه اراد بهذا الوضوء عن النوم لا عن البول والغائط والاستنجاء في هذا الوضوء ليس بسنة وانما قلنا ذلك لان الله تعالى بدأ بالوضوء عن النوم ~~عن البول والغائط~~ هكذا نقل عن بعض الصحابة فانه كان يقرأ يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم من مضاجعكم الى الصلاة واقول انما ذكره ههنا لان الاستنجاء ازالة النجاسة العينية فذكره ههنا انسب وفي المغرب نجا وانجى اذا احدث واصله من النجو وهو المكان المرتفع لانه يستتر بها وقت قضاء الحاجة ثم قالوا استنجى اذا مسح موضع النجو وهو ما يخرج من البطن او غسله وهو سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه والمواظبة مع الترك دليل السنية ويجوز بالحجر وما يقوم مقامه وما يكون من المدر والتراب والعود والخرق والقطن ونحوها في التنقية وكيفيته ان يمسح الموضع حتى ينقيه لان الانقاء هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي لا بد من التثليث لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابي ايوب الانصاري وليستنج بثلاثة احجار والامر للوجوب فالحديث يدل على وجوبه بكمية معلومة ولنا ما روى ابو هريرة رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج وهو يدل على نفي الوجوب والعدد لانه قال فليوتر والايتار يقع على الواحد وقال ومن لا فلا حرج نفى الحرج عمن ترك الاستنجاء اصلا فدل انه لا يفترض وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلاثة احرف جاز بالاجماع فلا يصح الاستدلال به او يحمل الامر على الاستحباب توفيقا بين الحديثين وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في قوم كانوا يتبعون الحجارة الماء يعني اهل قباء **وقوله** وهو ادب اي غسله بالماء ادب لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يستنجي بالماء مرة وتركه اخرى وهذا حد الادب وقيل هو سنة في زماننا لان اهل الزمان الاول كانوا يبعرون بعرا وانتم تثلطون ثلطا وهذا روي عن الحسن البصري رحمه الله **وقوله** الا اذا كان موسوسا بالكسر والوسوسة حديث النفس وانما قيل هو موسوس لانه تحدثه نفسه بما في ضميره فيقدر بالثلاث بخرقه كما في غير المدينة لان البول غير مرئي والغائط لا يراه المستنجي فكانت بمنزلة البول وقيل بالسبع اعتبارا بالحديث الذي ذكرته في ولوغ الكلب **وقوله** ولو جاوزت النجاسة مخرجها قيل انه سلط بسنة وما حوله من موضع الشرج اي المخرج الا انه في بعض نسخ المختصر الا المائع **وقوله** وهذا يعني قوله الا المائع تحقيق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء يعني ان قوله الا الماء يدل على ازالة النجس الحقيقي عن البدن لا يجوز الا بالماء **وقوله** الا المائع يدل على ان ازالته يجوز بالمائع الذي يمكن به ازالة النجاسة **وقوله** على ما بينا يعني في اول باب الانجاس **وقوله** وهذا اي الذي قلنا من اشتراط المائع اذا جاوزت النجاسة مخرجها لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء بالضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى غيره فلا يجوز الا الماء او المائع **وقوله** ثم تعتبر المقدار المانع ظاهر **وقوله** اعتبارا لسائر المواضع قدر الدرهم عفو فاذا زاد عليه يكون مانعا فكذا في موضع الاستنجاء والباقي ظاهر الى آخره

كتاب الصلاة

قد تقدم في اول الكتاب وجه تقديم الصلاة على سائر المشروعات بعد الايمان وهي في اللغة عبارة عن دعاء وفي الشريعة عبارة عن الاركان المعهودة والافعال المخصوصة وسميت بالصلاة لاشتمالها على المعنى اللغوي فهي من المنقولات الشرعية وسببها وجوبها اوقاتها والامر طلب اداء ما وجب في الذمة بسبب الوقت وقد ذكرنا وجه ذلك في التقرير وشرائطها الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والوقت والنية وتكبيرة الافتتاح **فان قيل** جعلت الوقت سببا فكيف يكون شرطا قلت هو سبب الوجوب شرط للاداء واركانها القيام والقراءة والركوع والسجود والقعدة الاخيرة مقدار التشهد وحكمها سقوط الواجب عنه بالاداء في الدنيا ونيل الثواب الموعود في العقبى وهي فريضة قائمة وشريعة ثابتة عرفت فرضيتها بالكتاب وهو قوله تعالى اقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وقوله حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى فانه يدل على فرضيتها وعلى كونها خمسا لانه امر بحفظ جمع من الصلوات وعطف عليها الصلاة الوسطى واقل جمع يتصور معه وسطى هو الاربعة وبالسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان الله فرض على كل مسلم ومسلمة في كل يوم وليلة خمس صلوات وهو من المشاهير وبالاجماع فقد اجمعت الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على فرضيتها من غير نكير منكر ولا رد راد حتى ان من انكر شرعيتها كفر بلا خلاف

باب المواقيت

المواقيت جمع ميقات والميقات ما وقت به أي قدر من زمان كمواقيت الصلاة أو مكان كمواقيت الإحرام وإنما
ابتدأ ببيان الوقت لأنه سبب للوجوب وشرط للأداء فكان له رجحان في التقديم وقدم من بينها وقت الفجر لأنه
متفق عليه في أوله وآخره ولأن صلاة الفجر أول من صلاها آدم عليه السلام حين أهبط إلى الأرض من الجنة وأظلم
عليه الدنيا وجن الليل ولم يكن يرى قبل ذلك فخاف خوفا شديدا فلما انشق الفجر صلى ركعتين شكرا لله تعالى الركعة
الأولى للنجاة من ظلمة الليل والثانية شكرا لرجوع ضوء النهار فكان ذلك سبب كونها ركعتين وفرضت علينا
فلما كانت أول صلاة صلاها الآدمي قدمها في الذكر وأول وقتها إذا طلع الفجر الثاني أي الفجر الصادق وهو البياض
الذي يبدو في السماء ويعقبه ظلام وتسميه العرب ذنب السرحان وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس قيل هذا من قبيل
اسم الكل على الجزء لأن قوله ما لم تطلع الشمس يتناول وقت طلوع الفجر إلى طلوع الشمس والمراد جزء قبيل
طلوع الشمس وهو جزء من جميع الوقت وحديث جبريل عليه الصلاة والسلام وهو ما روي عن ابن عباس رضي الله
عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أمني جبريل عليه السلام عند البيت مرتين فصلى بي الظهر في اليوم
الأول حين زالت الشمس وصار الفيء مثل الشراك وصلى بي العصر حين صار ظل كل
شيء مثله وصلى بي المغرب حين غابت الشمس وصلى بي العشاء حين غاب الشفق وصلى بي الفجر حين طلع الفجر
وصلى بي الظهر في اليوم الثاني حين زالت الشمس وصار ظل كل شيء مثله وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثليه
وصلى بي المغرب حين غربت الشمس لوقته بالأمس وصلى بي العشاء حين مضى ثلث الليل وقال نصف الليل وصلى بي
الفجر حين طلع الفجر وأسفر وكادت الشمس أن تطلع ثم قال يا محمد هذا وقتك ووقت الأنبياء من قبلك والوقت ما
بين هذين الوقتين واعترض بأن قوله ما بين هذين الوقتين يقتضي أن لا يكون الأول والآخر وقتا وذلك خلاف
المطلوب **وأجيب** بأنه لو اقتضى ذلك لكان الصلاة فيهما واقعة في غير الوقت فلم يكن ذلك تعليما للوقت
وإنما معناه ليس الوقت منحصرا فيهما بل ما فعلنا بيان للطرفين وما بينهما وقت أيضا فكان البيان بالفعل
للطرفين والقول لما بينهما **وقوله** ولا معتبر بالفجر الكاذب ظاهر **وقوله** إذا زالت الشمس قيل أصح ما قيل
في معرفة الزوال قول محمد بن شجاع أنه يغرز خشبة في مكان مستو ويجعل على مبلغ الظل منه علامة فما دام
الظل ينتقص من الخط فهو قبل الزوال فإذا وقف لا يزداد ولا ينتقص فهو ساعة الزوال التي هي عبارة عن فيء
الزوال فإذا أخذ الظل في الزيادة فقد علم أن الشمس قد زالت كذا في المبسوط وفي المحيط فإذا أخذ الظل في
الزيادة فقد علم أن الشمس قد زالت فخط على رأس موضع الزيادة فيكون من رأس الخط
إلى العود في الزوال وهو يختلف باختلاف الأمكنة والأوقات حتى قيل إنه في أطول أيام السنة لا يبقى
في ذلك الوقت ظل على الأرض وكذا بالمدينة تأخذ الشمس الحيطان الأربعة وذلك الذي يعتبر في التقدير بالظل
المعتبر ما سواه **وقوله** وآخر وقتها عند أبي حنيفة إذا صار ظل كل شيء مثليه خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وهو
الذي عليه أبو حنيفة وروى الحسن بن زياد عنه أنه إذا صار ظل كل شيء مثله سوى فيء الزوال خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وبه
أخذ أبو يوسف ومحمد وزفر والشافعي رحمهم الله وروى أسد بن عمرو عنه إذا صار ظل كل شيء مثله سوى فيء الزوال خرج وقت
الظهر ولم يدخل وقت العصر حتى يصير ظل كل شيء مثليه وعلى هذا يكون بين الظهر والعصر وقت مهمل كما بين الظهر والفجر
قال الكرخي وهذا أعجب الروايات إلي لموافقتها لظاهر الأخبار **وقوله** آخر الوقت إذا صار ظل كل شيء مثليه وفي
فيه تسامح لأن آخر الشيء ما إذا صار ظل كل شيء مثليه خرج وقت الظهر عنده وكذا صار مثله عندهما الأنه
إلى ما في المنظومة

والظهر حين الفيء للشيء مثله ❁ قد صار مثليه وقالا مثله ❁

ونادى بآخر الوقت الذي يتحقق عنده خروج الظهر بدليل قوله فيما بعد وآخر وقت المغرب حين يغيب الشفق
ولا شك أن بغيبوبة الشفق يتحقق الخروج **وقوله** لما أمامة جبريل اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها
في اليوم الأول أي إمامته للعصر في اليوم الأول في هذا الوقت وفي بعضها في اليوم الثاني أي إمامته للظهر

وفي بعضها إمامته للعصر في اليوم الأول أي إمامته للعصر في اليوم الأول في هذا الوقت وفي بعضها في اليوم
الثاني أي إمامته للظهر وفي بعضها إمامته للعصر في اليوم الثاني في هذا الوقت أي الوقت الذي جعله أبو
حنيفة وقت الظهر وهو ما إذا صار ظل كل شيء مثله **وقوله** وله قوله صلى الله عليه وسلم أي ما روى
أبو سعيد رضي الله عنه أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم أي أدخلوا الصلاة في البرد يعني صلوها
إذا سكن شدة الحر **قوله** من فيح جهنم أي من شدة حرها وأشد الحر في ديارهم كان في هذا الوقت يعني إذا صار
ظل كل شيء مثله وهو يعارض حديث إمامة جبريل صلى الله عليه وسلم لأن إمامته في صلاة العصر في اليوم الأول
فيما إذا صار ظل كل شيء مثله دلت على خروج وقت الظهر والأمر بالإبراد بالظهر دل على عدم خروجه لأن
شدة الحر في ديارهم كان في ذلك الوقت وإذا تعارضا تساقطا ولا ينقضي الوقت الثابت بيقين بالشك قيل
أول من صلى بعد الزوال إبراهيم الخليل صلوات الله وسلامه عليه حين أمر بذبح الولد فصلى أربعا الأولى شكرا
لذهاب غم الولد والثانية شكرا لنزول الفداء والثالثة لرضاء الله حين نودي قد صدقت الرؤيا والرابعة
لصبر ولده على حرقة الذبح وكان ذلك منه تطوعا وقد فرض علينا **وقوله** وأول وقت العصر إذا خرج
وقت الظهر على القولين أي قول أبي حنيفة في الرواية المشهورة عنه وقول صاحبيه فعنده إذا صار
ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال دخل وقت العصر وعندهما إذا صار ظل كل شيء مثله وآخر وقتها ما لم تغرب
الشمس لقوله صلى الله عليه وسلم من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها ذكره في الصحيحين
قيل أول من صلى العصر يونس عليه السلام حين أنجاه الله من أربع ظلمات ظلمة الزلة
وظلمة الليل وظلمة الماء وظلمة بطن الحوت فصلاها شكرا تطوعا وأمرنا بها وأول وقت المغرب إذا
غربت الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رحمه الله وقت المغرب مقدار ما يصلي فيه
ثلاث ركعات وهو أحد قوليه قال الغزالي في وقت المغرب قولان أحدهما أنه يمتد إلى غروب الشفق
وإليه ذهب أحمد بن حنبل والثاني أنه إذا مضى بعد الغروب وقت وضوء وأذان وإقامة وقدر خمس
ركعات فقد انقضى الوقت وقال في الحلية قدر ثلاث ركعات وعلى ما ذكره المصنف من جعل الشفق
يكفي ويستدل بإمامة جبريل في اليومين في وقت واحد وذلك لأن الوقت لو كان ممتدا لم يؤخر جبريل
عليه السلام في اليومين في وقت واحد لأنه كان يعلم أول الوقت وآخره ولنا حديث أبي هريرة
رضي الله عنه أول المغرب حين تغرب الشمس وآخره حين يغيب الشفق وما رواه من إمامة جبريل
في اليومين في وقت واحد كان للتحرز عن الكراهة لأن تأخير المغرب إلى آخر الوقت مكروه ثم اختلف
العلماء في الشفق فقال أبو حنيفة رحمه الله هو البياض في الأفق بعد الحمرة وهو قول أبي بكر ومعاذ
وأنس وابن الزبير رضي الله عنهم وقالا هو الحمرة وهو قول أبي بكر ومعاذ ورواية عن أبي حنيفة رواه عنه
أسد بن عمرو وشداد بن أوس وعبادة بن الصامت رضي الله عنهم وبه أخذ الشافعي فاستدل بقوله صلى
الله عليه وسلم الشفق هو الحمرة ولأبي حنيفة ما رواه أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال وآخر
وقت المغرب إذا اسود الأفق والتحصيل اسوداد الأفق لا يكون إلا بزوال البياض ومما رواه يعني قوله صلى الله
عليه وسلم الشفق هو الحمرة موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما ذكره في الموطأ والموقوف لا يصلح حجة وفيما هو
في الشفق اختلاف الصحابة كما ذكرناه قيل معنى كلامه أن التمسك بالحديث فيما اختلف فيه الصحابة
لا يجوز لأن عدم التمسك به أوجب عدم القبول ودليل انقطاعه فكيف يجوز التمسك في ذلك بالموقوف وفيه
نظر لأنه حينئذ يشترك الإلزام قيل أول من صلى المغرب شكرا تطوعا عيسى عليه السلام حين خاطبه الله
تعالى أأنت قلت للناس اتخذوني وأمي إلهين من دون الله الآية وكان ذلك بعد غروب الشمس فالأولى لنفي
الألوهية عن نفسه والثانية لنفيها عن والدته والثالثة لإثباتها لله تعالى وفيه نظر وأول وقت

العشاء اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لما روى ابو هريرة رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم
قال وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر قال المصنف رحمه الله وهو حجة على الشافعي رحمه الله في تقديره بذهاب
ثلث الليل ووجه ذلك انه يدل على قيام الوقت الى الفجر وحديث امامة جبريل عليه السلام يدل على ان
آخر الوقت هو ثلث الليل فتعارضا واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت الثابت بيقين بالشك كما تقدم ولان
امامة جبريل عليه السلام لم تكن لنفي ما وراء وقت الامامة عن وقت الصلاة بل لاثبات ما كان فيه الا ترى
انه صلى الله عليه وسلم ام في اليوم الثاني حين اسفر والوقت يبقى بعده الى طلوع الشمس واذا لم يكن للنفي بقي ما
روينا سالما عن المعارض فيكون حجة قيل اول من صلى العشاء موسى صلوات الله عليه حين خرج من مدين
وضل الطريق وكان في غم المرأة وغم اخيه هارون وغم عدوه وغم اولاده فلما انجاه الله من ذلك كله وقت
من شاطئ الوادي صلى اربع ركعات تطوعا وامرنا بذلك وهذه الاقوال التي ذكرتها عقيب كل صلاة وجدتها في شرح
العلامة قوام الدين الكاكي منقولة عن ابي الفضل مع زيادات نقلتها مختصرة قال واول وقت الوتر بعد العشاء وآخره
ما لم يطلع الفجر عندهما لقوله صلى الله عليه وسلم فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر وعند ابي حنيفة رحمه
الله وقته وقت العشاء لان الوتر عنده فرض عملا والوقت اذا جمع صلاتين واجبتين كان وقتا لهما جميعا كالفائتة
والوقتية فان قيل لو كان وقت الوتر وقت العشاء لجاز تقديمه على العشاء اجاب بقوله الا انه لا
يقدم عليه عند التذكر يعني اذا لم يكن ناسيا للترتيب وعلى هذا اذا اوتر قبل العشاء متعمدا اعاد الوتر بلا خلاف
وان اوتر ناسيا للعشاء ثم تذكر لا يعيده عنده لان النسيان يسقط الترتيب ويعيده عندهما لانه سنة العشاء كركعتي
العشاء فلو قدم الركعتين على العشاء لم يجز عامدا كان او ناسيا فكذلك الوتر

فصل

لما فرغ عن ذكر مطلق الاوقات شرع في بيان الكامل منها والناقص وجعلهما فصلا على حدة وقدم الاوقات
المستحبة على المكروهة ووجه ذلك ظاهر ويستحب الاسفار بالفجر
اسفر الصبح اضاء ومنه اسفر بالصلاة اذا صلاها في الاسفار والباء للتعدية وقوله ويستحب الاسفار
باطلاقه يدل على ان البداءة والختم بالاسفار هو المستحب وهو ظاهر الرواية وقال الطحاوي يبدأ بالتغليس
ويختم بالاسفار ويجمع بينهما بتطويل القراءة ووجه الظاهر قوله صلى الله عليه وسلم اسفروا بالفجر فانه اعظم
للاجر وحد الاسفار ان يبدأ بالصلاة بعد انتشار البياض بقراءة مسنونة فان ظهر له حاجة الى الوضوء
بعد الصلاة امكنه ان يتوضأ ويصلي الفجر قبل طلوع الشمس وقال الشافعي رحمه الله يستحب التعجيل وهو ان
يكون الاداء في النصف الاول في كل صلاة واستدل بما قالت عائشة رضي الله عنها كانت النساء ينصرفن
من الصلاة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن متلفعات بمروطهن ما يعرفن من شدة الغلس قال المصنف
والحجة عليه ما روينا من حديث رافع بن خديج وهو قوله صلى الله عليه وسلم اسفروا بالفجر الحديث
وذلك لانه امر بذلك واقله الندب وما رواه حكاية فعل لا يعارض قوله صلى الله عليه وسلم وقوله
وما نرويه [illegible] الى قوله واذا كان في الصيف ابرد بها وذلك لانه لا يقتضي التعجيل في كل صلاة فاذا
ثبت التأخير في البعض كان حجة عليه وقوله والابراد بالظهر عطف على قوله الاسفار بالفجر وقوله
لما روينا يعني ما روي قبل هذا الفصل من قوله صلى الله عليه وسلم ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم
فقوله لما روينا متعلق بقوله والابراد بالظهر وقوله ولرواية انس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم
اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها متعلق بالمسئلتين جميعا وتأخير العصر في الصيف
والشتاء ما لم تتغير الشمس لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعد العصر ولهذا كان تعجيل المغرب افضل لان
اداء النافلة قبلها مكروه وتكثير النوافل افضل من المبادرة الى الاداء في اول الوقت والمعتبر تغير القرص
وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين اي يذهب الضوء فلا تحصل بالنظر اليه التحير وقوله هو الصحيح

احتراز

احتراز عن قول سفيان وابراهيم النخعي ان المعتبر تغير الضوء الذي يقع على الجدران قال شمس الائمة رحمه الله
اخذنا بقول الشعبي وهو تغير القرص لان تغير الضوء يحصل بعد الزوال وعما فسر تغير القرص به وهو ما
قيل اذا قامت الشمس للغروب قدر رمح لم يتغير واذا كان اقل من ذلك تغيرت وعما قيل يوضع طست ماء في
الصحراء وينظر فيه فان كان القرص يبدو للناظر فقد تغيرت فكان قوله هو الصحيح لبيان ان تغير
القرص بهذا التفسير هو الصحيح وتغير الضوء وتغير القرص بالتفسيرين الآخرين ليس بصحيح والتأخير
اليه اي الى هذا الوقت مكروه قالوا واما الفعل فغير مكروه لانه مامور بالفعل ولا يستقيم اثبات
الكراهة للشيء مع الامر به ويستحب تعجيل المغرب لان تأخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود
وفيه نظر لانه انما يكون تأخيرها مكروها لا يستلزم ان يكون تعجيلها مستحبا لجواز ان يكون مباحا الا
ترى ان تأخير العشاء الى النصف الاخير مكروه ولا يلزم من تركه الاستحباب لان التأخير الى نصف الليل
مباح والجواب ان التأخير مكروه لما فيه من التشبه باليهود وما فيه التشبه باليهود فتركه مستحب
لان الاباحة فيه تفضي الى المساهلة وما ذكر في النهاية وغيرها في جواب هذا السؤال المبني على ان الضدين
والنقيضين يتمشى قلنا مثل قوله وقال صلى الله عليه وسلم لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء دليل
ملفوظ على استحباب تعجيل المغرب والمباح لا يترتب على فعله خير شرعي واعترض على المصنف في تأخير الحديث
فيه عن الدليل العقلي واجيب بانه فعل ذلك لان الحديث فيه دلالة على تأخير العشاء فكره الفصل بينه وبين الدليل
بدليل عقلي وليس بطائل فانه قد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ سورة الاعراف في صلاة المغرب وذلك يدل
على ان التأخير ليس بمكروه واجيب بان ذلك ليس مما نحن فيه فان كلامنا فيما اذا اخر الى وقت الكراهة ثم شرع
والذي فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من باب المد والمد من اول الوقت الى آخره ومعنوي به ظهر فساد
استدلال الخصم بما يدعي جواز التأخير ويستحب تأخير العشاء الى ثلث الليل وطلب بالفرق بينه وبين قوله صلى
الله عليه وسلم لولا ان اشق على امتي لامرتهم بالسواك فانهما على نهج واحد وذلك اثبت السنة وهذا اثبت الاستحباب
واجيب بانا لا نسلم انهما على نهج واحد بل في حديث السواك انتفى الامر لمانع المشقة فاذا انتفى الامر به وكان مقتضاه
الوجوب ثبت ما دون الوجوب وهو السنة وفيما نحن فيه المنتفي لمانع هو التأخير ونفس التأخير لم يكن للوجوب
بل للندب والاستحباب لان فيه قطع السمر المنهي عنه بعده والسمر حديث الليل والسنة وقال صلى الله
عليه وسلم لا سمر بعد العشاء والمعنى فيه ان يكون اختتام الصحيفة بالعبادة كما جعل ابتداء الصحيفة بها ليمحى ما
حصل بينهما من الزلات قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات وقوله وقيل في الصيف تعجل يعني يستحب
تأخير العشاء الى ثلث الليل شتاء وصيفا وقيل في الصيف تعجل كيلا تتقلل الجماعة والتأخير الى نصف الليل يعني في
الشتاء والصيف قال في النهاية في الشتاء وفيه نظر لانه لو كان ذلك في الصيف مكروها وليس كذلك لان دليل
الاباحة وهو ما ذكره بقوله لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحد اي
بالكلية مشترك بينهما فتثبت الاباحة فيهما والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر
قبله اي قبل النصف الاخير يعني ان الاباحة في آخر النصف الاول انما ثبتت بمعارضة دليل الندب وهو قطع السمر
دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة وفي النصف الاخير ثبتت الكراهة لبقاء دليلها سالما عن المعارض واعترض
بتعجيل الظهر في اول الوقت فانه مباح ودليل الكراهة وهو تقليل الجماعة سالم عن معارضة دليل الندب واجيب
بان المعارض موجود هناك ايضا وهو قوله تعالى وسارعوا الى مغفرة من ربكم وجنة عرضها السموات والارض فان
المسارعة الى العبادة بعد وجود السبب مندوب اليها ولم يكن في التأخير تكثير الجماعة فثبتت الاباحة لذلك واما
تأخير العشاء الى النصف الاخير فان دليل كراهته سالم عن معارضة دليل الندب اصلا لانه ليس فيه المسارعة
الى العبادة ولا تكثير الجماعة ولا قطع السمر لانقطاعه وقوله ويستحب في الوتر لمن يألف الصلاة آخر الليل

بالنصب فتقديره ان يؤخر آخر الليل فيكون ظرفا او هو مفعول اقيم مقام فاعل يستحب وفي بعض النسخ ويستحب في الوتر لمن يألف صلاة الليل تاخيرها الى آخر الليل فان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم وهو ظاهر وقوله فاذا كان يوم غيم يعني غير الذي قلنا من بيان الاستحباب فيما اذا كانت السماء مصحية فاما اذا كانت متغيمة فالضابط العبرة مع الغيم يعني كل ما فيه عين تعجل كالعصر فالعشاء وما عداهما كالفجر والظهر والمغرب يؤخر اما في تاخير الفجر وقوله لان الملك مدين يعني اذا تبين التنوير وطلوع الشمس مرة مديدة فهو من ان يقع الاداء في وقت طلوع الشمس ولما تاخير الظهر فلانه لو عجل في يوم الغيم لم يؤمن من ان يقع الاداء قبل الوقت وكذلك تاخير المغرب وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه التاخير في الكل لما ذكر في الكتاب

فصل في الاوقات التي يكره فيها الصلاة

لما فرغ من بيان احد قسمي الوقت شرع في بيان القسم الآخر ولقبه بفصل ما يكره مع ان فيه ذكر ما لا يجوز الصلاة فيه اعتبارا للغالب وقوله لا تجوز الصلاة اي صلاة الفرائض لا تجوز عندنا في هذه الاوقات وكذا النوافل في بعض الروايات وعند الشافعي رضي الله عنه تجوز الفرض في هذه الاوقات في جميع البلدان وتجوز النوافل عنده بمكة وقوله لا تجوز الصلاة اي لا ادا الفرض والنفل جميعا بجعل الالف واللام للجنس لزمه ان لا يجوز النفل اذا الم يجز فان شرع فيه فافسد لم يجب عليه قضاؤه ولكن يجب عليه قضاؤه ذكره شمس الائمة في اصوله بلا ذكر خلاف ...

[illegible]

نا قصًا وقد ذكرناه ذلك في الانوار والتقرير مستوفى بعون الله تعالى وتأييده فاذا عرفت ذلك فقوله لان السبب هو الجزء القائم من الوقت فيه تسامح لان السبب اما اول جزء او الذي يلي به الاداء او الجزء المضيق او كل الوقت عند خروجه كما عرف في الاصول واما قوله فالمؤدي في آخر الوقت قاض فقال صاحب الكافي انه مشكل لانه مؤد باعتبار بقاء الوقت وايضا يلزم على تقريره جواز قضاء العصر في هذا الوقت لان الجزء القائم من الوقت ناقص فيجب به العصر ناقصا فينبغي ان يجوز قضاء عصر يومه **والجواب** عن الاول انه في كلامه فيمن اخر العصر الى الغروب ولا شك ان السبب في حقه هو الجزء القائم من الوقت فهو المعتبر عنده بالجزء المضيق وعن الثاني بان الجزء اذا تعين للسببية بحيث لا ينتقل الى غيره كان التاخير عنه تفويتا بالاستيفاء في قوانين الشرع كالجزء الاخير من الوقت في الصلاة والجزء الاول من اليوم في الصوم هكذا اجاب شيخي العلامة عبد العزيز رحمه الله ورد عليه بان الفوات الموجب بالتفويت عن الجزء الاخير من الوقت انما هو باعتبار خروج الوقت لا باعتبار تعينه للسببية وكذلك تعين الجزء الاول من اليوم لان وقت الصوم كل النهار فاذا فات البعض فات الكل واقول في الجواب عن السؤال ان كل ما كان سببا للواجب فهو شرط للواجب ولا يمكن ان يكون كل الوقت شرطا والا كان في الاداء في الوقت تقديم المشروط على الشرط وهو باطل كتقديم الشيء على المسبب فلا بد ان يكون الجزء القائم اذ لو كان الجزء الماضي كان المصلي في آخر الوقت قاضيا لفوات شرط الاداء وعن الثالث فان قوله بخلاف غيرها من الصلوات يتناول العصر الفائتة لان العصر الفائتة غير عصر يومه لا محالة وقد قال لانها وجبت كاملة وتوجيهه ما ذكرناه **قال** والمراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة يعني ان المراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة بقوله ولا صلاة جنازة ولا سجدة تلاوة هو الكراهة يعني به نفي عدم الجواز بخلاف الفرائض في هذه الاوقات سوى عصر يومه فان قوله لا تجوز الصلاة عند طلوع الشمس الى آخره يجري على حقيقته عدم الجواز بحق الفرائض في هذه الاوقات الثلاث سوى عصر يومه فان قوله لا تجوز الصلاة عند طلوع الشمس الى آخره يجري على حقيقته عدم الجواز **فان قلت** فعلى هذا يكون قوله لا تجوز مستعملا في عدم الجواز بالنسبة الى الفرائض وفي الكراهة بالنسبة الى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وهو جمع بين الحقيقة والمجاز قلت يقدر الفعل في المعطوف بمعنى الكراهة حتى يكون المراد به بلفظين ولا جمع وفيه فان قلت فماذا يفعل في الدليل وهو قول عقبة رضي الله عنه نهانا فانه بمعنى عدم الجواز وبمعنى الكراهة حينئذ قلت حكايته بعرف فان يكون النهي متكررا في معنى عدم الجواز مرة وفي معنى الكراهة اخرى واما قوله لا تجوز الصلاة متناولا للفرض والنفل جميعا فانما يستقيم على غير ظاهر الرواية وهو ان النفل ايضا لا يجوز في هذه الاوقات كما تقدم واما على ظاهر الرواية فانه لا يستقيم لانه اذا شرع في التطوع في هذه الاوقات وجب عليه القضاء ولو مضى عليه خرج عما وجب عليه بالشروع ذكره في نوادر المبسوط وكذا لو قطعها واداها في وقت آخر مكروه مثله جاز ولا تم بل لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد وانه لا يجوز **قوله** ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك والحديث في الصحيح كما استشكل بانه جعل الكراهة الى الطلوع والغروب وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها وههنا ليس كذلك لان ثابتة بعد الطلوع الى الارتفاع وبعد الغروب الى اداء المغرب **والجواب** انه تسبب بمعنى الغاية وهو غير لازم على ان المخالفة ثابتة اذ الكراهة بعد الطلوع والغروب لمعنى آخر ولكن ان يقال معناه حتى يقرب طلوع الشمس وحتى تقرب الغروب فانه لو كان على حقيقته كانت الكراهة لمعنى في الوقت وهو خلاف مراده **قوله** ولا بأس بان يصلي في هذين الوقتين يعني بعد الفجر والعصر الفوائت وسجدة التلاوة وصلاة

الجنازة

الجنازة لان الكراهة تلحق الفرض لتصير الوقت كالمشغول به وما كان لحق الفرض لا يظهر في حق حقيقة الفرض لان شغل الوقت بحقيقة الفرض اولى من الشغل لحقه فلا يظهر في حق الفرائض وما هو بمعناه في الوجوب بعينه كسجدة التلاوة فانها تجب لمعنى لا لكونه وجوبها غير موقوف على فعل العبد بدليل وجوبها بالسماع فصارت كالفرائض وكذا صلاة الجنازة لكون وجوبها غير موقوف على فعل العبد بخلاف ما يظهر في حق المنذور وركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لتعلق وجوب المنذور بسببه من جهته اي جهة الناذر بدلالة المنذور عليه لا من جهة الشرع فكان كالصلاة التي شرع فيها تطوعا ولان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف الحاصل بفعله فكان كالنفل وصيانة المؤدى لئلا يلزم ابطال العمل واذا ظهرت في حق المنذور الواجب وركعتي الطواف والفاسد لغير الشرع الواجبين فلان يظهر في حق النوافل اولى **قوله** لا لمعنى في الوقت تاكيد لتعلقه لحق الفرائض وفيه اشارة الى الفرق بين النهي الوارد في هذين الوقتين والوارد في الاوقات الثلاثة المذكورة بان ذلك لمعنى في الوقت وهو كونه منسوبا الى الشيطان فيظهر في حق النوافل والفرائض وغيرها وهذا لمعنى شغل الفرض وشغله بالفرض التقديري اولى من النفل دون الفرض الحقيقي فظهر في حق النوافل دون الفرض **فان قيل** ركعتا الطواف واجبتان عندنا على ما يجيء في كتاب الحج فوجوبه من جهة الشرع بعد الطواف كوجوب سجدة التلاوة بعد التلاوة فينبغي ان يلحق بهما كسجدة التلاوة في هذين الوقتين وغيرهما بان الوجوب لختم الطواف يستقيض سجدة التلاوة فان وجوبها للتلاوة وهي فعله ايضا **فالجواب** ما اشرنا اليه ان السجدة تجب بالتلاوة غير ان اسمعه من غير قصد ولا كذلك ركعتا الطواف **قوله** ويكره ان يتنفل ظاهر **قوله** ممن حرصه عليه الصلاة والسلام على الصلاة يعني ان الركعتين مع الجماعة اجزاء فضيلة الفجر دليل الكراهة وكذلك قوله ولا يتنفل بعد الغروب فانه والمعنى في النهي في هذه الاوقات كالنهي بعد الفجر والعصر لانه ليس لمعنى في الوقت باثره في الفرائض والنوافل جميعا وما كان لمعنى في غيره اثره في النوافل دون الفرائض وهو ما هو في معناه

باب الاذان

لما كان الاذان اعلاما بدخول سبب الصلاة ناسب ان يذكر عقيبه والاذان في اللغة الاعلام قال الله تعالى واذان من الله اي اعلام وفي الشريعة عبارة عن اعلام مخصوص في اوقات مخصوصة وسبب مشروعيته ابتداؤه باجماعة من الصحابة منهم عمر رضي الله عنه نزول الملك من السماء وتعليم الالفاظ المخصوصة وبقاء دخول وقت الصلاة المكتوبة وصفته ما ذكر في الكتاب وهو قول عامة المشايخ انه سنة للصلوات الخمس والجمعة وذكر الجمعة لدفع وهم من يتوهم ان لا اذان لها كصلاة العيدين بجامع انهما يتعلقان بالامام والمصر الجامع والا فهي داخلة تحت الخمس **قوله** للنقل المتواتر يعني ثبت متواترا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذن للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها من الوتر وصلاة العيدين والخسوف والكسوف والاستسقاء وصلاة الجنازة والسنن والنوافل وقال بعض مشايخنا انه واجب لما روي عن محمد ان اهل بلدة في الاسلام اذا تركوا الاذان والاقامة قوتلوا والقتال انما يكون على ترك الواجب دون السنة **والجواب** انه قال ذلك لانه وان كان سنة الا ان تركه صار استخفافا بالدين فيلزم القتال وصفة الاذان اي كيفيته معروفة وهو كاذان الملك النازل من السماء واختلف في ذلك فقيل نزل به جبريل عليه السلام وقيل كان غيره **قوله** ولا ترجيع فيه ومعنى الترجيع ان يرجع وهو ظاهر **قوله** وقال الشافعي فيه ذلك اي في الاذان الترجيع

وقوله لحديث ابي محذورة ظاهر الى قوله فظنه ترجيعا ذكر في الاسرار ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بذلك لحكمة رويت في قصته وهي ان ابا محذورة كان يبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل الاسلام بغضا شديدا فلما اسلم امره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاذان فلما بلغ كلمات الشهادة خفض صوته حياء من قومه فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرك اذنيه وقال له ارجع وامدد بها صوتك اما ليغيظ الله اعداء المشركين اولى زيادة محبة الرسول بتكرير كلمات الشهادة وقوله لان بلالا رضي الله عنه اذن لصلاة الفجر ثم جاء الى الحجرة عائشة رضي الله عنها فاستحسنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال له اجعله في اذانك وقوله وخص الفجر ظاهر وقوله ثم هو حجة على الشافعي في قوله انها فرادى فانه يقول يشفع ويوتر الاقامة لحديث انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بلالا بان يشفع الاذان قلنا المعتمد عليه فعل الملك النازل والمشهور فيه التكرار ومعنى حديث انس انه يؤذن بصوتين ويقيم بصوت بدليل انه في الاقامة قد قامت الصلاة وهو مشفوع كله وموتر صوتا وروي ان عليا رضي الله عنه مر بمؤذن يوتر الاقامة فقال اشفعها لا ام لك وقوله ويترسل في الاذان بيان السنن التي فيه وهي نوعان نوع ما يرجع الى نفس الاذان ونوع يرجع الى صفات المؤذن والاول نوعان ما ياتي به رافعا صوته ويفصل بين كلمتي الاذان بسكتة مطولا غير مطرب وهو الترسل من ترسل في قراءته اذا تمهل فيها وتوقر ولا يفصل بين كلمتي الاقامة بل يجعلها كلاما واحدا وهو الحدر ويكون صوته اخفض من صوت الاذان ويرتب بين كلمات الاذان والاقامة كما شرع فان قدم بعضا واخر بعضا فالافضل الاعادة مراعاة للترتيب والى توالي بين كلمات الاذان والاقامة حتى لو تركه للموالاة فالسنة ان يعيد الاذان ويستقبل بهما القبلة الا في الصلاة والفلاح والثاني وهو ان يكون ذكرا عاقلا صالحا عالما بالسنة وباوقات الصلاة فاذان الصبي العاقل صحيح من غير كراهة في ظاهر الرواية واذان البالغ افضل واذان غير العاقل والسكران يعاد وكذلك اذان المرأة وقوله ويستقبل بهما اي بالاذان والاقامة القبلة لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر وقوله ويحول وجهه للصلاة والفلاح يعني عند قوله حي على الصلاة حي على الفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم به قيل لو كان كذلك لحول ولكن ايضا لان القوم كما يكونون فيما يكونون كذلك في الخلف واجيب بانه انما لم يحول دبره لان فيه استدبار القبلة فيما هو دعاء الى التوجه اليها فاكتفي فيه بما يحصل له من بلوغ الصوت عند تحويل الوجه يمنة ويسرة وان استدار في صومعته اي الاذان يحسن لا ترك الفعل لانه وان لم يكن من السنن الاصلية حيث لم يذكر في حديث عبد الله بن زيد وهو الاصل في باب الاذان لكنه فعل امر به النبي صلى الله عليه وسلم بلالا رضي الله عنه فلا ينبغي ان يوصف تركه بالحسن كما يوصف في زوال الحسن المتمكن في نفس الاذان الذي هو من سنن الهدى فكان معنى قوله ان الاذان بذلك الفعل حسن وتركه حسن وقوله والتثويب في الفجر وقوله حي على خير وقوله وكره في سائر الصلوات لما روي ان عليا رضي الله عنه راى مؤذنا يثوب في العشاء فقال اخرجوا هذا المبتدع من المسجد وروى مجاهد قال دخلت مع ابن عمر رضي الله عنهما مسجدا يصلي فيه الظهر فسمع المؤذن يثوب فغضب وقال قم حتى نخرج من عند هذا المبتدع فما كان التثويب في الاصل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في صلاة الفجر وقوله ومعناه اي معنى التثويب في الاصطلاح العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو في اللغة عبارة عن الرجوع ومنه سمي الثواب لانه منفعة عمله يعود اليه ويكون التثويب على حسب ما تعارفه اهل بلدة من التنحنح او قوله الصلاة الصلاة او قوله قامت قامت لانه للمبالغة في الاعلام وانما يحصل ذلك بما تعارفوه وقوله وهذا اشارة الى قوله حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة تثويب احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة رضي الله عنهم لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا انه وقت غفلة ولم يذكر التثويب القديم هاهنا وذكر في الاصل ان التثويب الاول كان في صلاة

فقال الصلاة يا رسول الله فقال عائشة ان الرسول نائم فقال بلال الصلاة خير من النوم فلما انتبه اخبرته عائشة رضي الله عنها

الفجر بعد الاذان الصلاة خير من النوم فاحدث الناس هذا التثويب يعني به قوله حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين والمتاخرون استحسنوا اي التثويب المحدث في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور الدينية ولكن لم يشترطوا تعيين ذلك اللفظ الذي هو حي على الصلاة حي على الفلاح بل ذكروا ما تعارفوه كما ذكرنا انفا ويكون هذا احداثا بعد احداث لان التثويب الاصلي كان الصلاة خير من النوم في اذان الفجر او بعد اذان الفجر فاحدث علماء الكوفة حي على الصلاة حي على الفلاح بين الاذان والاقامة في الفجر خاصة مع ابقاء الاول واحدث المتاخرون التثويب بين الاذان والاقامة على حسب ما تعارفوه في جميع الصلوات سوى المغرب مع ابقاء الاول وما راه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وقوله قال ابو يوسف كلام يتعلق بالتثويب المحدث في سائر الصلوات بزيادة اختصاص بمن يكون مشتغلا بامور المسلمين وهو ظاهر قال ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب لان وصل الاذان بالاقامة مكروه لان المقصود بالاذان اعلام الناس بدخول الوقت ليتاهبوا للصلاة بالطهارة فيحضروا المسجد لاقامة الصلاة وبالوصل ينتفي هذا المقصود فان كانت الصلاة مما يتطوع قبلها مسنونا كان مستحبا يفصل بينهما بالصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم بين كل اذانين صلاة قاله ثلاثا وقال في الثالثة لمن شاء وان لم يصل يجلس بينهما جلسة خفيفة لحصول المقصود به واما اذا كان في المغرب فقد اتفقوا على ان الفصل لا بد منه ايضا لكنهم اختلفوا في مقداره فعند ابي حنيفة رضي الله عنه المستحب ان يفصل بينهما بسكتة يسكت قائما مقدار ما يتمكن فيه من قراءة ثلاث ايات قصار وفي رواية عنه مقدار ما يخطو ثلاث خطوات وعندهما يفصل بينهما بجلسة مقدار الجلسة بين الخطبتين والوجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله والفرق قد ذكرناه اشارة الى قوله ان التاخير مكروه بخلاف سائر الصلوات فان التاخير فيها ليس بمكروه والاشتغال بالركعتين يؤدي الى التاخير فلذلك لا يفصل بينهما والمذكور هاهنا من مذهبه كما ذكرنا فيما تقدم في باب المواقيت من وقت المغرب وهو ان يصلي فيه ثلاث ركعات قال يعقوب رايت ابا حنيفة رحمه الله يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد ما قلنا ان لا جلوس عنده في اذان المغرب وانما اورده لتاكيد قول ابي حنيفة بفعله قيل وانما ذكر محمد في الجامع الصغير ابا يوسف باسمه دون كنيته ودفعا لوهم التسوية في التعظيم بين الشيخين وكان هذا ماثورا من جهة ابي يوسف انه يذكره باسمه حيث يذكر ابا حنيفة رضي الله عنه وقوله وان المستحب معطوف على ما قلنا يعني يفيد ما قلنا ويفيد استحباب كون المؤذن عالما بالسنة اي باحكام الشرع [illegible] لقوله صلى الله عليه وسلم ويؤذن لكم خياركم وخيارهم من كان عالما باحكام الشرع وهذا يدل على انه يجوز للامام ان يفوض الاذان والاقامة الى غيره فان النبي صلى الله عليه وسلم ما كان يباشر الاذان والاقامة بنفسه وكان اماما لهم في الصلوات قلت اذن واقام صلى الله عليه وسلم لما روى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فلما زالت الشمس اذن واقام وصلى الظهر وقوله غداة ليلة التعريس التعريس النزول في اخر الليل روى البخاري في صحيحه باسناده الى عبد الله بن قتادة عن ابيه قال سرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة فقال بعض القوم لو عرست بنا يا رسول الله قال اخاف ان تناموا عن الصلاة قال بلال انا اوقظكم فاضطجعوا واسند بلال ظهره الى راحلته فغلبته عيناه فنام فاستيقظ النبي صلى الله عليه وسلم وقد طلع حاجب الشمس فقال يا بلال اين ما قلت قال ما القيت علي نومة مثلها قط قال ان الله قبض ارواحكم حين شاء وردها حين شاء يا بلال قم فاذن الناس بالصلاة فتوضأ فلما ارتفعت الشمس وابيضت قام فصلى بالناس جماعة وهو ان فعل النبي صلى الله عليه وسلم باذان واقامة حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة لانه قد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بلالا رضي الله عنه فاقام بدون ذكر الاذان لان القصة واحدة فالعمل بالزيادة

اولى وفيه نظر لان ذلك انما يكون اذا كان كل واحد منهما اولى ولم يثبت ههنا ذلك **والجواب** ان الاولى ان كان متعددا انما يتحقق التخيير اذا امكن العمل بهما وههنا لا يمكن ذلك لكون القضية واحدة فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا من حديث ليلة التعريس وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام لما روينا من حديث ليلة التعريس وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور فلا حاجة اليه فان قيل اذا كان الرفق متعينا في احد الامرين فلا تخيير بينهما كما في صلاة المسافر وههنا الرفق متعين في الاقامة فما وجه التخيير **اجيب** بان ذلك بين الشيئين الواجبين لا في السنن والتطوعات قال وعن محمد رحمه الله في غير رواية الاصول عن محمد اذا فاتت صلوات تقضى الاولى باذان واقامة والبواقي بالاقامة دون الاذان قال ابو بكر الرازي يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا والمذكور في الكتاب يحمل على الصلاة الواحدة فيرتفع الخلاف بين اصحابنا **قال** وينبغي ان يؤذن ويقيم على طهر ينبغي للمؤذن ان يؤذن ويقيم على طهر لانهما متصلان بالصلاة على ما سيأتي فان اذن بغير وضوء جاز بلا كراهة في ظاهر الرواية لانه ذكر فكان الوضوء فيه مستحبا كالقراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلاة بالاشتغال بافعال الوضوء والاقامة شرعت متصلة بالشروع في الصلاة ويروى عن ابي يوسف انه لا يكره الاقامة ايضا لانها احد الاذانين والاخر وهو الاذان لا يكره بلا وضوء فكذا الاقامة ويروى انه يكره الاذان ايضا وهو رواية الكرخي لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين اي بين اذان الجنب والمحدث على الرواية التي لا يكره ان للاذان شبها بالصلاة في انهما يفتتحان بالتكبير ويؤديان مع الاستقبال وترتيب كلمات الاذان كالصلاة ويختصان بالوقت ولا يتكلم فيهما الا انه ليس بصلاة على الحقيقة فيجمع مع الحدث والجنابة فاذا كان مشتبها بها كره مع الجنابة اعتبارا للشبه ولم يكره مع الحدث وفي الجنابة اعتبارا للحقيقة ولو عكسنا لكان عكسا ان عملنا بجانب الشبه لزمنا اعتباره في الجنابة بطريق الاولى لان الجنابة اغلظ الحدثين فكان يتعطل جانب الحقيقة وذكر رواية الجامع الصغير ليشتملها على الاعادة وعدمها **وقوله** اما الاول يعني عدم اعادة اذان المحدث واقامته **وقوله** واما الثاني يعني استحباب الاعادة بسبب الجنابة **وقوله** روايتان في ظاهر الرواية يستحب وفي رواية الكرخي يجب والاشبه اعادة الاذان فقط لان تكرار الاذان مشروع في الجملة كما في الجمعة بخلاف الاقامة **وقوله** يعني الصلاة لما فسره بعد لانه قال بعد الايضاح ويحتمل ان يكون المراد من الحي وامثال الاذان لان رفع الصوت لا يكون في الباقي **وقوله** وكذلك المرأة تؤذن عطف على قوله والجنب اي الا انه يعيد **وقوله** ليقع اي الاذان على وجه السنة فان اذان المرأة لا يكون على وجه السنة بل على وجه البدعة لانها ان رفعت صوتها في اعلى موضع ارتكبت بدعة والا لم تؤذن على وجه السنة وترك وجه هذه السنة بدعة وليس على النساء اذان ولا اقامة لانهما سنتا الصلاة بالجماعة وجماعتهن منسوخة وان صلين بجماعة صلين بغير اذان واقامة لحديث رايطة رضي الله عنها قالت كنا جماعة من النساء امتنا عائشة رضي الله عنها بلا اذان ولا اقامة **وقوله** ولا يؤذن لصلاة ظاهر **وقوله** والحجة على الكل اي على ابي يوسف والشافعي واهل الحرمين يعني ان الحديث حجة على الاخذ لما اخذ منه **فان قيل** جاء في الحديث لا يغرنكم اذان بلال فيعلم به انه كان يؤذن قبل الوقت **اجيب** بانه حجة لنا حيث عتب النبي صلى الله عليه وسلم اذانه وبهاه عن الاعتراض واعتباره وقد ذكر في المبسوط ان اذان بلال رضي الله عنه عند الكل علم رسول الله صلى الله عليه وسلم وامره ان ينادي على نفسه الا ان العبد قد نام يعني نبه اي انه اذن في حال النوم والغفلة فكان يبكي ويطوف حول المدينة ويقول ليت بلالا لم تلده امه وابتل من نضح دم جبينه وانما قال ذلك لعظم معاتبة رسول الله

صلى الله عليه وسلم اياه **وقوله** لقوله صلى الله عليه وسلم انه قال لمالك بن الحويرث ولابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما قرانا وروي مخرج الاسلام وليؤمكما اكبركما سنا **وقوله** فان صليا جميعا اكبر ظاهر **وقوله** لقول ابن مسعود روي ان ابن مسعود رضي الله عنه صلى بعلقمة والاسود بلا اذان واقامة وقال اذان الحي يكفينا وذلك لان المؤذن نائب عن اهل المحلة في الاذان والاقامة فيصير اياه كذلك فكان للمصلي في الحي اذان واقامة حقيقة متصلا بهما حكما فلا يكره بخلاف المسافر فاذا صلى بلا اذان واقامة فانه يكره لكونه تاركا لهما حقيقة وحكما وهو تارك الجماعة حقيقة وسنتها وترك الصلاة بالجماعة مكروه فكذا ترك التشبه كما اذا عجز عن الصوم وتكره على التشبه فانه كره له تركه

باب شروط الصلاة التي يتقدمها

لما فرغ من ذكر السبب وما هو علامة عليه ذكر بقية الشروط والشروط جمع شرط وهو العلامة وفي الاصطلاح ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن داخلا **وقوله** التي يتقدمها صفة مؤكدة لا مميزة اذ ليس من الشروط ما لا يكون متقدما حتى يكون احترازا عنه وهو قريب من اسلوب قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا **وقوله** يجب على المصلي ان يقدم الطهارة انما اعاده وان كان قد علم مما تقدم كونها شرطا للصلاة ليكون الباب مشتملا على جملة الشروط **وقوله** لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل صلاة يعني لاجل الصلاة لا لاجل الناس لان الناس في الاسواق اكثر منهم في المساجد فلو كان لاجلهم لقال عند دخول الاسواق فكان معناه خذوا ما تواريه عورتكم من الثوب الذي يحصل به الزينة وهي ستر العورة عند كل صلاة لان اخذ الزينة نفسها وهي مصدر لا يمكن الا بطريق فكان من باب اطلاق اسم الحال على المحل فنفي قوله عند كل مسجد اطلاق اسم المحل على الحال **فان قيل** روي عن ابن عباس انها نزلت في شان الطواف لا في حق الصلاة فلا يكون حجة في وجوب الستر في حق الصلاة **اجيب** بان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب **وقوله** عند كل مسجد كلام فلا يختص بالمسجد الحرام وقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة لحائض الا بخمار اي لبالغة لان الحائض لا صلاة لها لا بخمار ولا بغيره فكان مجازا عن البالغة لان الحيض يستلزم البلوغ وفي دلالة الاية والحديث على فرضية ستر العورة نظر اما الاية فانها تفيد الوجوب في حق الطواف ولهذا كان طواف العاري معتدا به فلو افادت الفرضية في حق الصلاة لكان تناقضا واستعمالا في الوجوب والافتراض وذلك لا يجوز واما الحديث فلانه خبر واحد فلا يفيد الفرضية **واجيب** بان الاية قطعي الثبوت دون الدلالة على ذلك التقدير والحديث قطعي الدلالة لا الثبوت فلقطعي الثبوت لكونه خبر الواحد فيحصل من مجموعهما الدلالة على الافتراض فتامل **وقوله** وهذا يبين ان السرة ليست من العورة لانه قال ما بين سرته الى ركبته وقال ما دون سرته حتى يجاوز ركبتيه ويلزم من ذلك ان لا تكون السرة عورة **وقوله** والركبة معطوف على السرة وفيهما خلاف الشافعي **فان قيل** كلمة الى للغاية وفي هذا الموضع لمد الحكم اليها فلا يدخل **اجاب** بقوله وكلمة الى تحملها على كلمة مع كما في قوله تعالى ولا تاكلوا اموالهم الى اموالكم عملا بكلمة حتى في قوله حتى يجاوز ركبتيه اعمالا بقوله صلى الله عليه وسلم الركبة من العورة وفيه نظر لان حتى اذا دخل الفعل كان بمعنى الى في مثل هذا الموضع فلا فرق بينهما وكان ينبغي ان يقول عملا بقوله صلى الله عليه وسلم بالواو لان المعارضة قائمة بكل منهما ولكن بعض الاول ان يحمل الى على مع بدخول الغاية وقرينة في الستر بمعنى الثاني بان كلمة او للجمع لا لمنع الجمع فلا يمكن منا فيما ان الساتر لحلل في الركبة مع الفخذ عضو واحد دكل واحد منهما عضو على حدة قال المصنف رحمه الله تعالى وفي المبسوط الركبة الى اخر الفخذ عضو حتى لو صلى والركبتان

مكشوفتان والفخذ مغطى جازت صلاته لانه نفس الركبة مع من الفخذ اقل من الربع قال وقيل
بانفرادها عضو واحد ولكن الاول اصح لانه ليس بعضو على حدة في الحقيقة بل هي ملتقى عظم الفخذ والساق وانما
حرم النظر اليها من الرجال لتعذر التمييز فعلى الاول من تبعيضية وعلى الثاني بيانية قال وبدن الحرة
عورة كلها تاكيد للبدن وتانيثه لتانيث المضاف اليه كما في قولهم ذهبت بعض اصابعه قوله وكفيها يشير
الى ان ظهر الكف عورة وهو ظاهر الرواية لان الكف عرفا لا يتناول ظهره وفي مختلفات قاضي خان ظاهر الكف
وباطنه ليسا بعورة [illegible] قوله صلى الله عليه وسلم المراة عورة مستورة خبر بمعنى الامر ومثله يفيد التاكيد
وقيل معناه من حقها ان تستر قوله واستثناء العضوين يعني الوجه والكف للابتلاء بابدائهما لان
المراة لا تجد بدا من مزاولة الاشياء بيديها ومن كشف وجهها لا سيما في الشهادة والمحاكمة وقوله
وهذا اي قول البدن وبدن الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها تنصيص على ان القدم عورة وبه قال الكرخي قال المصنف
وهو الاصح لانها تبتلى بابداء القدم اذا مشت حافية او متنعلة فيما الاعم [illegible] على ان الاشتهاء لا يحصل
بالنظر الى القدم كما يحصل بالنظر الى الوجه فاذا لم يكن الوجه عورة مع كثرة الاشتهاء فالقدم اولى ولما كانت
رواية كتاب الجامع الصغير ما يدل على ان القدم ليست بعورة رتبها على ما قبلها بالفاء فقال فان صلت وذلك الاخ
جواز الصلاة مع كشف ما دون ربع الساق فكانت القدم مكشوفة لا محالة فان قيل قوله صلى الله عليه
وسلم المراة عورة مستورة عام في جميع بدنها واستثناء العضوين او الثلاثة بالابتلاء
تخصيص بلا لفظ ابتداء وهو لا يجوز عندنا كما عرف في موضعه فالجواب ان قوله تعالى ولا يبدين
زينتهن الا ما ظهر منها الاية اما ان يكون ورد قبل الحديث او بعده فان كان بعده نسخ عموم الحديث
وان كان قبله فالحديث لكونه خبر الواحد لا يبطل شيئا مما تناوله وقوله وتلك ساقها او ربع ساقها
مكشوف فيه فان قيل ما وجه الجمع بين الثلث والربع وذكر الربع يغني عن ذكر الثلث والجواب باوجه
بانه سهو من الكاتب فلهذا لم يكتبه فخر الاسلام وعامة المشايخ لعدم الفائدة وبانه شك وقع من
الراوي عن محمد وبانه اذا ذكر الربع علم ما فيه الثلث بالدلالة والتنصيص على ما يثبت دلالة بالتصريح
غير قبيح قال الله تعالى فذلك يومئذ يوم عسير على الكافرين غير يسير وبان الربع مانع قياسا
والثلث استحسانا فاورده على القياس والاستحسان وبان الربع مانع مع القدم والثلث بدونها وبان
ابا حنيفة رضي الله عنه سئل عن هذه المسئلة على هذا الوجه فاورده محمد كذلك واطلاق
اصحابنا رضي الله عنهم اتفقوا على ان قليل الانكشاف معفو وكثيره ليس بمعفو واختلفوا في الحد الفاصل
بينهما فقال ابو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما الربع كثير وما دونه قليل وقال ابو يوسف ما دون
النصف قليل لان الشيء لا يوصف بالكثرة الا اذا كان ما يقابله اقل منه لان القليل والكثير من اسماء المقابلة
يريد به تقابل التضايف والاضافة حقيقية يكون ماهيتها معقولة بالقياس الى حقيقة اخرى تكون ماهيتها
معقولة بالقياس الى الحقيقة الاولى كالابوة والبنوة والتضايف الشيوخ ان التقابل بينهما تقابل الضدين
وليس بينهما [illegible] اجتماعهما في محل واحد فان الشيء الواحد يجوز ان يكون قليلا بالنسبة الى شيء وكثيرا بالنسبة
الى شيء اخر [illegible] وفي النصف عن ابي يوسف روايتان وقوله واعتبر الخروج عن حد
القلة او عدم الدخول في ضده دليل الروايتين يعني ان النصف لما خرج عن حد القلة لان مقابله ليس
باكثر منه كان داخلا تحت حد الكثرة او نقول لم يدخل في ضده اي ضد القليل وهو الكثير لان مقابله وهو
النصف الاخر ليس باقل منه لم يكن داخلا تحت حد الكثير فكان قليلا لا يجب به الاعادة وقوله في ضده اي
في مقابله وكان هذا هو الذي حمل الشارحين على تفسير المقابلة بالتضاد وقوله ان الربع يحكي حكاية
الكمال يعني ان ربع الشيء اقيم مقام الكل في مواضع كثيرة من الاحكام واستعمال الكلام كما في الراس وكما في الاحرام

ويقال

ويقال رايت فلانا وان لم ير منه الا وجهه احد الجوانب الاربعة فكذا ههنا احتياطا في باب العبادة
فاعترض [illegible] ان اعتبار هذا بمسح الراس عن [illegible] لان مسح كل الراس ليس بركن واجب حتى يقوم الربع
مقامه بل الواجب منه بعض الراس فاجيب بان الاصل في الراس غسل كله كما في غسل الوجه
لانه المظهر المعقول [illegible] يحصل به الا ان الشارع اكتفى بالمسح من الغسل ثم اكتفى بالبعض عن الكل دفعا
للضرورة فكان الربع قائما مقام الكل من هذا الوجه وقيل هذا تشبيه العدد لا تشبيه الربع
بالواجب كما في قوله صلى الله عليه وسلم انكم سترون ربكم الحديث فان فيه تشبيه الرؤية
بالرؤية لا تشبيه المرئي بالمرئي والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف اي الذي تقدم
ذكره ان الربع مانع او النصف لان كل واحد عضو على حدة والمراد بالنازل من الراس محل وجعل
الشعر من الاعضاء للتغليب او لانه لا يتجزئ من الادمي حتى لا يجوز بيعه والمراد به النازل الى المسترسل
وقوله وهو الصحيح احتراز عن اختيار الصدر الشهيد وغيره ان المراد بالشعر ما على الراس واما المسترسل
وهو ما نزل الى اسفل من الاذنين ففي كونه عورة روايتان واختار الفقيه ابو الليث كونه عورة احتياطا
لان تلك الرواية تقتضي ان يجوز النظر الى صدغ الاجنبية وطرف ناصيتها كما ذهب اليه عبد الله
البلخي وهو امر يؤدي الى الفتنة فكان الاحتياط في الاخذ بهذه الرواية وقوله انما وضع غسله
جواب عما يقال لو كان الشعر النازل من الراس عورة لكان باعتبار انه من بدنها ولو كان كذلك لما وضع غسله
في الجنابة موضوع وليس شيء من بدنها كذلك ووجهه انه سقوط غسله ليس باعتبار انه ليس من
بدنها بل هو من بدنها خلقة لاتصاله به ولكن سقط غسله لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا
الاختلاف يعني الذي تقدم من انكشاف الربع او النصف والعورة الغليظة هي القبل والدبر وهذا
التنصيص على اختيار الكرخي حيث ذكر في كتابه انه يعتبر في السوأتين قدر الدرهم وفيما عدا ذلك
الربع وانما قال ذلك لان العورة نوعان غليظة وخفيفة كالنجاسة ثم في النجاسة الغليظة يعتبر
الدرهم وفي الخفيفة الربع [illegible] فكذا في العورة واما على اختيار عامة العلماء فالتقدير فيهما
اذ في كل منهما يعتبر انكشاف الربع [illegible] عندهم خلافا لابي يوسف رضي الله عنه سواء كان ذلك العضو
صغيرا او كبيرا وما ذهب اليه الكرخي وهم لانه قصد به التغليظ في العورة الغليظة خففه لانه اعتبر
قدر الدرهم في الدبر وهو لا يكون اكثر من قدر الدرهم فهذا يقتضي جواز الصلاة وان كان جميع الدبر
مكشوفا وهو تناقض والذكر يعتبر بانفراده عضوا يمنع انكشاف ربعه جواز الصلاة وكذا الانثيان وهذا
هو الصحيح دون الضم وهو احتراز عما قيل ان الخصيتين مع الذكر عضو واحد لانهما تبع للذكر فيعتبر ربع المجموع
عندهما قال شيخ الاسلام هذا كله عند علمائنا رضي الله عنهم واما عند الشافعي رضي الله عنه فان القليل
والكثير سواء في المنع عن جواز الصلاة فكانه الخلاف في هذا كالخلاف في قليل النجاسة قال وما كان عورة
من الرجل فهو عورة من الامة قال في شرح الطحاوي ومن كان في رقبتها شيء من الرق فهي بمعنى الامة
وهذا لان حكم العورة في الاناث اغلظ فاذا كان الشيء من الرجل عورة ففي الانثى اولى وظهرها وبطنها عورة
لانهما محل الشهوة وما سوى ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين
بالحرائر حين راى جارية متقنعة وقوله يا دفار بالدال المهملة اي يا منتنة وروي ان جواريه
كانت تخدم الضيفان مكشوفات الرؤوس مضطربات الثدي والمهنة بفتح الميم وكسرها الخدمة والابتذال
مثله [illegible] القوم خدمهم وانكر الاصمعي الكسر وقوله في حق جميع الرجال اي سوى مولاها ومن لم يجد ما يزيل
به النجاسة بالتنصيص لتناول المايعات ومعناه على الحد الذي ذكر في الكتاب ظاهر وقوله لانه يتخير
الصلاة فيه اي في الثوب الذي يكون الطاهر فيه اقل من الربع بين ترك فرض واحد وهو الطهارة وفي الصلاة عاريا

ترك الفرض كستر العورة والقيام والركوع والسجود **وقوله** لان كل واحد منهما اي من الانكشاف والنجاسة
مانع جواز الصلاة حالة الاختيار فيستويان اي هما يستويان بمعنى خبر مبتدأ محذوف ليكون عطف جملة اسمية
وقوله في حق المقدار يجوز ان يكون معناه ان القليل من كل واحد غير مانع والكثير مانع فلما كان كذلك ثبتت
المساواة بينهما في المانعية من غير رجحان لاحدهما على الاخر فيخير لانهما سيان ويجوز ان يكون معناه في
مقدار الربع فان المانع في النجاسة الخفيفة مقدر بالربع وكذا المانع في العورة الربع فلما استويا في
المانعية في المقدار استويا احتياطا والمصلي ايضا في ان يصلي فيه او ان يصلي عريانا وحاصله انهما يستويان
في الموضعين في المنع وفي المقدار فيجب ان يستويا في حق الصلاة في ذلك الثوب اي في اثبات الاختيار ايضا
وقوله وترك الشيء المختلف لا يكون تركا جوابا عن قوله وفي الصلاة عريانا ترك الفرض لكن قوله ترك
الفروض وجهان بل المذكور انما يستقيم ان لو كان على تقدير ان يصلي العاري قاعدا واما اذا صلى قائما فانما يكون
تاركا لفرض واحد وهو الستر واذا ترك فرضا واحدا فقد اقام فرضا بازائه وهو ترك استعمال النجاسة فكان
تارك فرض بازاء الاتيان بفرض اخر فيتخير وكان محمد رحمه الله بنى كلامه على ما هو الافضل وهو الصلاة قاعدا
حملا لحال المسلم على ما هو الاصلح **فان قيل** سلمنا انه اتى بفرض وترك فرضا لكن لا نسلم المساواة بينهما فان
فرضية الستر اقوى من فرضية ترك استعمال النجاسة لما ذكر في الكتاب بقوله لعدم اختصاص الستر بالصلاة
واختصاص الطهارة بها **فالجواب** انا لا نسلم ان فرضية الستر اقوى فان خطاب الستر في حق الصلاة
اغلظ في الستر بالطاهر لا بالنجس واذا كان كذلك تساويا ولئن سلمنا ذلك لكنه اذا صلى قاعدا فقد اتى
ببعض الستر وبما قام مقام الاركان وترك استعمال النجاسة واذا صلى بالثوب قائما فقد استعمل النجاسة
واتى بالاركان فيستويان فيتخير ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود هكذا فعله
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم روي عن انس بن مالك انه قال ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم ركبوا في السفينة فانكسرت بهم السفينة فخرجوا من البحر عراة فصلوا قعودا وهذا القول روي عن ...
... عن اقرانهم خلافه فحل الاجماع **وقوله** وان صلى قائما اجزأه ظاهر **وقوله** الا ان الاول افضل
الصلاة قاعدا افضل لان الستر وجب لحق الصلاة وحق الناس ومما كان كذلك كان اكد ... الاركان ...
الاركان ... فالستر فانه لا خلف له **فان قيل** هذان المعنيان يقتضيان اختصاص الجواز في
القعود فلا وجه للجواز قائما **فالجواب** انه ممنوع فان وجه الجواز قائما موجود وهو الاتيان بالاركان
... الاتيان ... والستر وان كان اهم ... لكنه لم يحصل بجميعه ...
... يعتبر في مقابلة ترك الركوع والسجود الذي هو الركن ... في الصلاة ... ان لا
يجوز قاعدا فتساويا فيخير الا ان الايماء ... ولكن القعود افضل لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
فعلوا كذلك على ما ذكرنا وذلك ... من الستر ... لترجح جانب القعود لان الستر ...
... الاركان القيام ... **قال** وينوي الصلاة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة
بعمل ... مواضع في ... النية في الاصل الذي ... وقتها وكيفيتها والمصنف ... تبيان
الاصل الثابت ... والاصل فيه اي في اشتراط النية قوله صلى الله عليه وسلم الاعمال بالنيات اي
حكم الاعمال ... وقيل تقديره الصلاة عمل الاعمال بالنيات فالصلاة بالنيات ... لا يكون بالنية
لا يكون صلاة ... ولان ابتداء الصلاة بالقيام ... وهو اي القيام متردد بين العادة والعبادة
فان ... متردد بينهما فلا بد من التمييز بينهما ولا يقع التمييز الا بالنية ثم ذكر وقتها بقوله والمتقدم على التكبير
كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلاة وهذا على سبيل الجواز فانه روي عن محمد
انه لو نوى عند الوضوء انه يصلي الظهر او العصر مع الامام فلم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصلاة الا

انه

انه لما انتهى الى مكان الصلاة لم تحضره النية جازت صلاته بتلك النية فاما الافضل فان تكون مقارنة للشروع
ولا يكون شارعا بنية متأخرة **قوله** ولا معتبر بالمتأخرة منها عنه اي من النية عن التكبيرة لقول الكرخي
فانه يجوز بنية متأخرة عن التحريمة واختلفوا على قوله فقيل الى انتهاء الثناء وقيل الى التعوذ وقيل الى
الركوع وقيل الى ان يرفع رأسه من الركوع **وقوله** لان ما مضى يعني من الاجزاء لا يقع عبادة لعدم
النية والاجزاء الباقية مبنية عليه فلا يجب بخلاف الصوم فان النية فيه جوزت متأخرة عن اول
جزئه للضرورة لان ذلك وقت نوم وغفلة فلو شرطت النية وقت الشروع وهو وقت انفجار الصبح لشاق
الامر على الناس واما الصلاة فانها تبتدأ في وقت انتباه ويقظة فلا ضيق في اشتراط النية عنده
ثم ذكر تفسير النية بانها الارادة اي الارادة الجازمة القاطعة وذلك لان النية في اللغة العزم والعزم
هو الارادة الجازمة القاطعة والارادة صفة توجب تخصيص المفعول بوقت وحال دون غيرهما فالنية
هو ان يجزم بتخصيص الصلاة التي يدخل فيها ويميزها عن فعل العادة ان كانت نفلا وعما يشاركها في
الخصوصية نفلا وهي الفرضية ان كانت فرضا **وقوله** والشرط ان يعلم بقلبه اي صلاة يصلي قيل وامارة
علمه بذلك انه لو سئل عن ذلك امكنه ان يجيب على البداهة فانه لو توقف في الجواب لم يكن عالما به
واعترض بان هذا يرجع الى تفسير النية بالعلم وهو غير صحيح لانه لا يلزم من العلم بشيء نيته الا يرى
بان من علم الكفر لا يلزمه شيء ومن نوى الكفر كفر **واجيب** بان معنى كلامه والشرط قصد يعقب انه
يعلم ... اذا التبس في كل منهما بشيء اليه ولا بالقوم ... اي انه اراد بذلك ما ذكرت انفا
هو ان يجزم بتخصيص الصلاة التي يدخل فيها وتمييزها الى اخره لان التخصيص والتمييز بدون العلم لا يتصور
وقوله اما الذكر باللسان فلا معتبر به اي في حق الجواز لكنه حسن لاجتماع عزيمته **وقوله** ... ان
كانت الصلاة نفلا بيان لكيفية النية وذلك لان الصلاة التي يدخل فيها اما ان تكون فرضا او غيره
والثاني يكفي فيه مطلق النية نفلا كانت او سنة في الصحيح لان النية في النفل للتمييز عن العادة وهو
يحصل بمطلق النية **وقوله** في الصحيح احتراز عما قال بعض ... من ان ينوي سنة الرسول صلى الله عليه وسلم
لان فيها صفة زائدة على النفل المطلق والاول للمصلي فيه اما ان يكون منفردا او مقتديا بالامام
والمنفرد يلزمه تعيين الفرض الذي يدخل فيه كالظهر مثلا ولا يكفيه ان يقول نويت الفرض لاختلاف الفروض
فلا بد من التمييز ومنهم من يقول اذا نوى الظهر او الفرض مثلا ولم ... اليوم او الوقت ان كان يصلي في
الوقت يجزيه ... ان يكون عليه ظهر صلاة فائتة فلا يتعين المقصود والاول اظهر لان ظهر الوقت
مشروع الوقت والفائتة ليست كذلك بل انما يوجد لعارض فيطلقه ينصرف الى ظهر الوقت والاول
الشرط المتقدم وهو ان يعلم بقلبه اي صلاة يصلي ... هذه المقالات وغيرها فان العمدة عليه
لحصول التمييز به وهو المقصود والمقتدي بغيره ينوي الصلاة على الوجه المذكور ومتابعته لانه يلزمه
فساد صلاة المقتدي من جهة ذلك الغير وهو الامام فلا بد من التزامه ... حتى لو ظهر ...
كان ملتزما ... ولم يذكر الامام وان اشترط له امامة النساء لا تحصل ... الجماعة ...
في عامة الامصار **قال** ويستقبل القبلة اي استقبال القبلة ايضا من شروط الصلاة لقوله تعالى فولوا وجوهكم
شطره اي نحو المسجد الحرام وجه الاستدلال ان الله تعالى قال فلنولينك قبلة ترضاها ثم امر بالتوجه
شطر المسجد الحرام ثم المصلي اما ان يكون بمكة او غائبا عنها والاول فرضه اصابة عينها لان النبي صلى الله عليه
وسلم صلى في المسجد الحرام متوجها الى الكعبة ومضى على ذلك الصحابة والتابعون فكان اجماعا على ذلك والثاني
فرضه اصابة جهتها لان الله تعالى امر النبي صلى الله عليه وسلم والمؤمنين بالتوجه الى المسجد الحرام وهم بالمدينة دون
الكعبة وفيه ... **وقوله** ... هو الصحيح احتراز ... ان اصابة عينها للغائب ... لان التكليف بحسب الوسع

عن قول الشيخ ابي عبد الله الجرجاني ان فرضه اصابة عينها يريد بذلك ان المراد بالنية عين الكعبة لان اصابة
عينها وهو غائب عنها غير لازم عليه فيكون التكليف بها تكليفا بما ليس في الوسع وذلك لا يجوز اشتراطها
واما من كان الشرط عنده اصابة الجهة فلا يشترطه حاجة الى النية واما نية الكعبة بعد التوجه اليها
فكان الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يشترطه والشيخ ابو بكر محمد بن حامد لا يشترطه وقال المصنف في التجنيس
ونية الكعبة ليست بشرط في الصحيح من الجواب لان استقبال البيت شرط من الشروط فلا يشترط فيه
النية كالوضوء **وقوله** ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر عليها بيان ان التوجه الى القبلة يسقط بعذر
الخوف لان الاشتباه يسقط من اختفى من عدو او غيره وخاف انه اذا تحرك واستقبل القبلة يشعر به العدو فانه
يجوز له ان يصلي قاعدا بالايماء مضطجعا حيث ما كان وجهه وكذا لو كان مريضا لا يقدر على التحول الى القبلة
وليس له من يحوله وكذا اذا انكسرت السفينة وبقي على لوح وخاف انه لو استقبل القبلة سقط في الماء جاز
له ان يصلي حيث كان وجهه لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه ومن اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته
من اهل ذلك الموضع من يسأله اجتهد وصلى قيد بقوله وليس بحضرته من اهل ذلك الموضع لانه لو كان بها
ثم لم يجز له الاجتهاد في امر القبلة فانما عليه السؤال وقال اجتهد لانه ليس له ان يصلي بلا اجتهاد لان الصحابة
رضي الله عنهم اشتبهت عليهم القبلة فتحروا وصلوا ثم ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر
عليهم **وقوله** ولان العمل بالدليل الظاهر واجب ظاهر **وقوله** لانه في وسعه لان التوجه الى جهة التحري
الى اخره قيل هذا لا يتمشى على الشافعي لانه لا يقول سلمنا ان التكليف مقيد بالوسع لكن حال العمل بما ان
يأتي بما في وسعه مما امر به ولا يأثم به عند ظهور الخطأ وليس كلامنا فيه وانما كلامنا فيما اذا ظهر خطاؤه
يقينا يكون فعله كلا فعل نحو وجوب الاعادة ام لا وليس فيما ذكرتم ما يدل على نفيه **قلنا** ما يدل على
نفيه من الاستقرار كما اذا صلى في ثوب باجتهاده على انه طاهر فاذا هو نجس وكما اذا توضأ بالتحري بما
في الاواني على انه طاهر فكان نجسا وكما اذا حكم الحاكم باجتهاده في حكم ثم وجد نصا بخلافه فان عليه
الاعادة فيها كلها لظهور الخطأ بيقين مع جواز العمل بما في وسعه عند توجه الخطاب بالعمل به فكذا ما
نحن فيه **واجيب** بالفرق بان النجاسة واما ما فيما نحن فيه الانتقال من محل الى محل فلم يجز له العمل
الابطال بما ادى اليه تحريه فاذا ظهر ما هو اقوى منه ابطله لانه عرف بالدليل انه تعالى لما قال انه كان في
ذلك الوقت طاهرا ثم تنجس بعد بيقين لو صلى في ذلك الثوب موصوفا بالنجاسة وكذلك في حكم
القاضي باجتهاد فيما فيه نص بخلافه واما القبلة فهي من قبيل ما يحتمل الانتقال الا ترى انها انتقلت من
بيت المقدس الى الكعبة ومن عين الكعبة الى الجهة اذا بعد من مكة ومن جهة الكعبة الى سائر الجهات
اذا كان راكبا فانه يصلي حيث ما توجهت اليه راحلته فبعد ما صلى الى جهة بالتحري اذا تحول رأيه ينتقل
فرض التوجه الى تلك الجهة فكان تبدل الرأي فيه بمنزلة النسخ فيعمل به في المستقبل ولا يظهر به بطلان ما
مضى كحال النسخ حقيقة لانه يكون متبعا بالتوجه عند القيام الى الصلاة وهو المقصود في الامر بالتوجه
الى الكعبة لان الله تعالى لا جهة له حتى يتوجه اليه واعلم ان هذا في حق المصلي الى الجهة التي وقع عليها تحريه
وقوله وان علم ذلك في الصلاة ظاهر وقصة اهل قباء والمذكور مروي المدينة مشهورة **وقوله** من غير تحر
قبله لما ذكرنا ان دليل الاجتهاد بمنزلة دليل النسخ واثر النسخ يظهر في المستقبل لا في الماضي **وقوله** ومن ام قوما في
ليلة مظلمة ظاهر **وقوله** ومن علم منهم اي من القوم المقتدين بحال الامام قال في النهاية وهذا القيد احترز
عن المقتدين حال كونهم مأمومين ليس بلازم في حق فساد صلاتهم فانه لو علم حال الامام قبل الاقتداء فالحكم
كذلك وان كان الامام في وقت الاقتداء على الصحة وفيه نظر لان قوله ومن علم منهم اي القوم المقتدين
حال امامه اعم من ان يكون علم قبل الاقتداء به او بعده واما ان العلم قبل الاقتداء كالعلم بعده فلا ذكر للمصنف

التجنيس

التجنيس جهل تحري القبلة فاخطأ فدخل في الصلاة وهو لا يعلم ثم علم وحول وجهه الى القبلة ثم دخل رجل في صلاته
وقد علم من اول الصلاة ان الامام على الخطأ ودخل في صلاته لم تجز فكذا هنا وقد استشكلت صورة هذه المسألة
لانه وضعها في الليلة المظلمة والصلاة فيها جهرية فحينئذ يعلمون حال الامام بصوته **واجيب**
بكون الصلاة فيها بكون الامام ترك الجهر ناسيا او ذاهبا ثم عرفوا امامهم بصوته انه قدامهم لكن لم يميزوا
من صوته انه الى اي جهة توجه وقد ذكرنا غيره ذلك في التقرير والله اعلم

باب صفة الصلاة

لما فرغ من ذكر الوسائل شرع في بيان المقصود والوصف والصفة مترادفان عند اهل اللغة والهاء عوض
عن الواو كالوعد والعدة وعند المتكلمين من اصحابنا ان الوصف هو كلام الواصف والصفة هي المعنى
القائم بذات الموصوف والظاهر ان المراد بالصفة ههنا الهيئة الحاصلة للصلاة باركانها وعوارضها
قوله فرائض الصلاة ستة القياس ان تقال ست لان الفرائض جمع فريضة لكن قاله على تاويل الفروض
الذي هو جمع فرض وفي بعض النسخ ست وانما قال فرائض الصلاة ولم يقل اركانها لان الفرائض ستة ولهذا كان
من المذكور في الكتاب التحريمة وهي فرض وليست بركن … الاسمية وانما
خصصت التكبيرة الاولى بهذه التسمية لانها تحرم الاشياء المباحة قبلها بخلاف سائر التكبيرات وهي فرض لقوله تعالى
وربك فكبر وخصه بكون التكبير هو الوصف بالكبرياء … انه لما نزل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الله اكبر فكبرت خديجة وفرحت وايقنت انه الوحي فان سورة المدثر اول سورة نزلت ودخلت الفاء لمعنى الشرط كانه
قيل وما كان فلا تدع تكبيره ووجه الاستدلال ان المراد به تكبيرة الافتتاح باجماع اهل التفسير والامر للوجوب
ولان الامر للوجوب وسائرها ليس بواجب بالاجماع فتعين ان من فرض وكذلك القيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين اي
مطيعين وقيل خاشعين وقيل ساكتين وعن ابن عمر ان القنوت طول القيام في الصلاة ووجه الاستدلال ان الامر
بالقيام وهو الوجوب وليس القيام واجبا خارج الصلاة فكان واجبا فيها ضرورة والقراءة لقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر
من القرآن ووجه الاستدلال انه امر وسنذكره في فصل القراءة مقدارها وتركنا الواجب والركوع والسجود
لقوله تعالى اركعوا واسجدوا فلما امر لا يتحقق الا بالناس ولما اشتملت الصلاة بسجود بلا ركوع وركوعه
بلا سجود فامروا ان يصلوا بالركوع والسجود والقعدة في اخر الصلاة مقدار التشهد لقوله صلى الله عليه وسلم لابن مسعود
رضي الله عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم
علق التمام اي تمام الصلاة بالفعل قرأ او لم يقرأ لانه علقه باحد الامرين من قراءة التشهد والقعود واحدهما وهو
القراءة ليس بشرط بدون الاخر فتعين الفعل لفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم واتفقوا على ذلك بالاجماع فكان الفعل
موجودا على تقدير القراءة البتة فكان هو المعلق به في الحقيقة لاستلزامه الاخر وكل ما علق بشيء لا يوجد دونه فتمام
الصلاة لا يوجد بدون الفعل وتمام الصلاة واجب وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب فالقعدة واجبة اي
فرض **فان قلت** هذا خبر واحد فهو بمرحلة لا يفيد الفرضية فكيف تثبت هذا التكليف العظيم **اجيب**
بان قوله تعالى اقيموا الصلاة مجمل والخبر الواحد لحق بيانا به والمجمل من الكتاب اذا لحقه البيان الظني كان الحكم بعده
مضافا الى الكتاب لا الى البيان في الصحيح وقد قررناه في التقرير لا يقال فليكن الامر في قراءة الفاتحة كذلك
فتكون واجبة لان مطلق القراءة ليس بمجمل بل هو خاص فتكون الزيادة عليه بخبر الواحد وهو لا يجوز وفيه وجه
اخر وهو ان خبر الواحد اذا كان متلقى بالقبول جاز اثبات الركنية به فاولى ان يجوز اثبات الفرضية لان درجة الركنية
فوق … بقوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفة والوقوف معظم اركان الحج لا محالة والمصنف رحمه الله جعل القعدة

من فرائض الصلاة حيث ذكرها فيها فجاز ان يثبت بخبر تلقي بالقبول **قال** وما سوى ذلك فهو سنة اي ما سوى ما ذكرنا
من الفرائض فهو سنة اطلق يعني القدوري اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة الى آخره فلا يكون اطلاقه صحيحا
والعذر بما ذكره بقوله وتسميتها سنة في الكتاب اي القدوري لما انه ثبت وجوبها بالسنة وتغاير المراد بالواجب هنا
ما تجوز الصلاة بدونه ويجب بتركه ساهيا سجدتا السهو وبالسنة ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المواظبة
ولم يتركها الا بعذر كالثناء والتعوذ وتكبيرات الركوع والسجود للصلاة اداب والادب فيها ما فعله رسول الله صلى الله عليه
وسلم مرة او مرتين ولم يواظب عليه كزيادة التسبيحات في الركوع والسجود على الثلاثة والزيادة على القراءة المسنونة
وقوله ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا يعني في الركعة الواحدة كالسجدة الثانية من الركعة الاولى فان من
تركها ساهيا وقام ثم اتم صلاته ثم تذكر فانه عليه ان يسجد السجدة المتروكة ويسجد للسهو لترك الترتيب **وقوله**
فيما شرع مكررا احترازا عما شرع غير مكرر فيها كالركوع فانه بعد السجود لا يقع معتدا به بالاجماع **وقوله** هذا
هو الصحيح احترازا عن جواب القياس في تكبيرات العيدين وقنوت الوتر فانه لا تجب السجدة على من تركها ساهيا لانها
سنة فتركها لا يمكن كثير نقصان في الصلاة كما اذا ترك الثناء والتعوذ لان مبنى الصلاة على الافعال دون الاذكار
وجه الاستحسان وهو الصحيح ان هذه السنة تضاف الى جميع الصلاة يقال تكبيرات العيد وقنوت الوتر فاما تكبيرات
الركوع وثناء الافتتاح فغير مضاف الى جميعها فتركها لا يمكن النقصان فيها كذا في الفوائد وفيه نظر لانهم قالوا
المراد بالواجب هاهنا ما تجوز الصلاة بدونه ويجب سجدة السهو بتركه ساهيا وهذه الاذكار مما يجب السجدة
بتركها ساهيا والصلاة بدونها جائزة فتكون واجبة وليس كذلك **والجواب** ان ذلك على وجه القياس ويعرف
من هذا ان كل ما هو يجب سجدة السهو بتركه ساهيا واجب على وجه القياس واما على وجه الاستحسان
فلا ينعكس فانه ليس كل ما يجب السجدة بتركه واجبا فانها تجب بترك سنة تضاف الى جملة الصلاة كما ذكرنا **قوله**
قيل قراءة التشهد في القعدة الاولى واجبة ذكره في باب سجود السهو من هذا الباب ولم يذكره هنا وكذلك تعديل
الاركان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله **اجيب** بان مقصوده هنا لم يكن ذكر جميع الواجبات بل بيان
ان ما سوى المذكور ليس بمنحصر في السنة وذلك يحصل بزيادة صورة واحدة **قيل** قوله وتسميتها سنة في الكتاب
لما انه ثبت وجوبها بالسنة ليس بجيد لانه يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز لانه حينئذ يكون المراد به
السنة والواجب ايضا لانه ثبت بالسنة واجيب بان الجمع بين الحقيقة والمجاز جائز اذا كانا في محلين مختلفين
على مذهب بعض العراقيين والشيخ ابو الحسن القدوري عراقي فلا يرد عليه واما صاحب الهداية فقد نبه في
ذلك وظاهر الحق انه ليس من باب الجمع بينهما بل المراد بقوله فهو سنة ثابت بالسنة والواجبات والسنن المذكورة
في هذا الباب داخلة تحت هذا اللفظ بطريق الحقيقة **وقوله** اذا شرع في الصلاة اي اراد الشروع لان التحريمة
ليست بعد الشروع بل الشروع يتحقق بها قال محمد في المبسوط اذا اراد الرجل الدخول في الصلاة كبر **قوله** لما تلونا
اراد به قوله تعالى وربك فكبر **قوله** وقال عليه السلام [illegible] معطوف على قوله لما تلونا [illegible] والتحريم مصدر حرم وهو
مضاف الى فاعله وهو الصلاة ولا يتعدى مفعوله لان المقصود اثبات التحريم لها لا ايقاعه على شيء آخر **وقوله**
التكبير لا يصح ان يكون محمولا على تحريمها ولا يصلح العكس ايضا على ظاهر الكلام لان تحريم الصلاة عن افعال الصلاة على
المصلي ليس عين التكبير [illegible] فيكون معناه تحريم الصلاة بالتكبير لكن جعل التكبير عين التحريم مبالغة وهو اي التكبير شرط
عندنا خلافا للشافعي **وقوله** حتى ان من تحرم [illegible] بيان فائدة الخلاف فعندنا لما كانت التحريمة شرطا جاز اداء النفل
بتحريمة الفرض وعنده لما كانت ركنا لم يجز ذلك فان اداء الصلوات بشرط واحد يجوز وبركن واحد لا يجوز **فان قيل** الاقسام
العقلية هاهنا اربعة بناء الفرض وهو المذكور في الكتاب فهل يجوز غيره من الاقسام الباقية ام لا فالجواب ان بناء الفرض
على الفرض جوزه ابو اليسر قال [illegible] لو شرع في الظهر فاتمها ولم يسلم وبنى عليه العصر فانه عنده اجزاه وبناء
القاضي ابو زيد في الاسرار وفخر الاسلام في اول الجامع الصغير وبناء النفل على النفل يجوز وبناء الفرض على النفل قيل لم

يوجد فيه

فيه رواية والظاهر عدم الجواز لان بناء الشيء على المثل او الاضعف على الاقوى معقول وهو ان في الاصول لان
الشيء يجوز ان يستتبع مثله او ما هو دونه واما ان يستتبع ما هو فوقه فلا يجوز لان فيه جعل الاقوى
تابعا للادنى **فان قلت** [illegible] الشرط يعتبر وجوده لا وجوده [illegible] فهذه الصورة كالصور
الباقية فالجواب ان وجود الشرط لا يوجب المشروط والمانع موجود وهو ما ذكرنا من اتباع القوي الضعيف
موجود فكان ممتنعا اي دليل الشافعي رحمه الله يقول يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان [illegible] ركن
قياسا على كل واحد من الاركان **ولنا** قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى عطف الصلاة على الذكر ولو كان
ركنا لما جاز ذلك لانه يلزم عطف الكل على الجزء وفيه عطف الشيء على نفسه لاشتمال الكل على جزئه ولهذا
اي ولانه ليس بركن لا يتكرر كتكرار الاركان في كل صلاة كالركوع والسجود **وقوله** ومراعاة الشرائط
جواب عن قوله يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان ووجهه ان اشتراط ذلك ليس للتحريمة نفسها وانما
يشترط للاحرام سائر شرائط الاركان فان الوقت شرط لاداء سائر الاركان ولا يشترط للاحرام عندنا
والاختلاف فيهما على شيء واحد **قال** ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة رفع اليدين في اول الصلاة
سنة بلا خلاف لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه مع الترك وهو علامة السنة [illegible]
اذا كان بلا ترك فانه دليل الوجوب على ما سنبين واختلفوا في افضلية وقت الرفع فقال شيخ
الاسلام وقاضيخان مقارنا للتكبير ولفظ الكتاب يشير اليه وهو المروي عن ابي يوسف والمحكي عن
الطحاوي [illegible] عبارة عن القول والمحكي عن الفعل وقال شمس الائمة السرخسي والذي عليه اكثر مشايخنا
انه يرفع يديه اولا فاذا استقر في موضع المحاذاة كبر وجعله المصنف اصح لان في قوله وفعله معنى
النفي والاثبات لانه ينفي بفعله الكبرياء عن غير الله تعالى ويثبت بقوله تعالى فيكون النفي مقدما على الاثبات
كما في كلمة الشهادة ولا يتكلف التفريق بين الاصابع عند رفع اليدين بل يتركهما على ما هي عليه بين
الضم والتفريق وهذا روايته صلى الله عليه وسلم كبر ناشرا اصابعه معناه ناشرا عن طيها **وقوله** ويرفع يديه
حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه ظاهر ومذهبنا قول ابي [illegible] ومذهب الشافعي قول ابن عمر
رضي الله عنه ذكره شمس الائمة السرخسي **وقوله** ولان رفع اليدين لاعلام الاصم قال في النهاية كان يجب
ان يقول ورفع اليد لاعلام الاصم ايضا بزيادة قوله ايضا لان الرفع انما قصد صورة لانه ذكر اولا ان معنى رفع
اليد نفي الكبرياء عن غير الله فلا يكون لغيره وكان [illegible] ان المعلول الواحد لا يكون له علتان مستقلتان
ويجوز ان يكون بعلة مركبة فاذا قال ايضا كان نفي الكبرياء واعلام الاصم علة واحدة مركبة لرفع اليد
ثم اعتذر بان المصنف تابع شمس الائمة وقد ذكره كذلك فانه كان يهمه ترك التكلف وتعميم المعاني **وقيل**
لو كان لاعلام الاصم لما اتى به المنفرد **واجيب** بان الاصل هو الاداء بالجماعة قال الله تعالى واركعوا مع
الراكعين فيكون الانفراد نادرا على ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد **فان قيل** فعلى هذا يجب ان لا يأتي
به المقتدي **اجيب** بان الاصم بما قلناه من رفعهما حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه **وقوله** يحمل
ما رواه يعني من حديث ابي حميد يحمل على حالة العذر روي عن وائل بن حجر انه قال قدمت المدينة
فوجدتهم يرفعون ايديهم الى الاذان ثم قدمت عليهم من القابل وعليهم الاكسية والبرانس من شدة
البرد فوجدتهم يرفعون ايديهم الى المناكب **وقوله** هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن بن زياد عن
ابي حنيفة انها ترفع يديها حذاء اذنيها كالرجل لان رفع اليدين ما يكون بكفيها ولكنها ليست بعورة فكانت هي
والرجل في رفع اليدين سواء بخلاف سائر الاعضاء ووجه الصحيح [illegible]
ما ذكره انه استر لها **قوله** فان قال بدل التكبير يدل على ان الاصل هو التكبير اعلم ان الشارع في الصلاة اذا قال الله
اكبر كان شارعا في الصلاة بلا خلاف [illegible] وكذلك اذا قال الله الكبير خلافا لابي يوسف والشافعي

لمخالفته السنة المتوارثة وهي القراءة بالعربية **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول ابي سعيد البردعي فانه قال
انما جوز ابو حنيفة رحمه الله القراءة بالفارسية دون غيرها من الالسنة لقرب الفارسية من العربية قال
الكرخي والصحيح النقل الجلي لانه كانت **وقوله** لما تلونا يعني من قوله وانه لفي زبر الاولين فانه لما لم يكن
فيها بلغة العرب كذلك لم يكن فيها بالفارسية ولان الاعتماد على المعنى عند تحقق النقل والمعنى لا يختلف
باختلاف اللغات **وقوله** والخلاف في الاعتداد حينئذ انه اذا قرأ بالفارسية هل يكون محتسبا عن فرض
القراءة ام لا والخلاف في عدم الفساد **وقوله** ويروى رجوعه روى ابو بكر الرازي ان ابا حنيفة رجع
الى قولهما وعليه الاعتماد لتنزله منزلة الاجماع والخطبة والتشهد على هذا الخلاف اي يجوز اداؤهما
بالفارسية عند ابي حنيفة خلافا لهما **وقوله** وفي الاذان يعتبر التعارف قيل هذا على عكس قراءة
القران في الصلاة لكونها ركنا اعظم خطرا من الاذان لكونه سنة والاذان لا يجوز بغير العربية فكيف
جازت قراءة القران وجوابه انا لا نسلم عدم جواز الاذان مطلقا بل يعتبر فيه التعارف فان الحسن روى
عن ابي حنيفة انه لو اذن بالفارسية والناس يعلمون انه اذان جاز وان كانوا لا يعلمون قال لا يجوز لعدم
حصول المقصود وهو الاعلام وكذا ذكر في الاسرار **وقوله** وان افتتح الصلاة باللهم اغفر لي
بيانه ان الشروع بغير اللفظ المنقول انما يصح اذا كان ثناء خالصا واما اذا كان مشوبا بحاجة فلا يجوز
بالاتفاق فيقوله اللهم اغفر لي لا يكون ثناء لامتزاجه بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا وان قال اللهم فقد
اختلف فيه قيل يجزيه لان معناه يا الله فيكون ثناء محضا وهو قول اهل البصرة وقيل لا يجزيه لان معناه يا الله
آمنا بخير اي اقصدنا بخير وهو قول اهل الكوفة فلم يكن تعظيما خالصا فيكون الصحيح الاول بدليل قوله تعالى
واذ قالوا اللهم ان كان هذا هو الحق من عندك ولو كان معناه اقصدنا بخير لفسد المعنى

قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى الاعتماد الاتكاء وتفسير الاعتماد ان يضع وسط كفه اليمنى على ظهر
كفه اليسرى **وقوله** ويعتمد الى آخره يشير الى الاعتماد وهو الوضع كما ذكر بالجملة خلافا لمالك رحمه
الله فانه يقول بالارسال وروي عنه انه يجعل الارسال عزيمة والاعتماد رخصة والى موضع الوضع وهو
تحت السرة وعند الشافعي رحمه الله الافضل ان يضع يديه على الصدر لقوله تعالى فصل لربك وانحر فان
اهل التفسير قالوا المراد به وضع اليمين على الشمال على الصدر ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه ان من
السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو كما ترى حجة علينا كلها في الارسال وعلى الشافعي في الوضع
على الصدر والمراد بقوله تعالى وانحر الاضحية بعد صلاة العيد ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم
وابعد من التشبه باهل الكتاب وهو اي التعظيم هو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعن محمد انه سنة القراءة وثمرته تظهر في المصلي بعد التكبير فعندهما لا يرسل حالة الثناء وعند
محمد يرسل فاذا اخذ في القراءة اعتمد والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا **وقوله**
هو الصحيح احتراز عن قول الفضلي واصحابه قال الفضلي ان السنة في صلاة الجنازة وتكبيرات العيد والقومة
التي بين الركوع والسجود هو الارسال وقال اصحابنا السنة في هذه المواضع الاعتماد والصحيح ما قاله شمس
الائمة الحلواني وهو الذي اشار اليه في الكتاب ان كل قيام فيه ذكر مسنون فالسنة فيه الاعتماد كما في
حالة الثناء والقنوت وصلاة الجنازة وكل قيام ليس فيه ذكر مسنون فالسنة فيه الارسال كما في القومة
عن الركوع وبين تكبيرات الاعياد وبه كان يفتي شمس الائمة السرخسي وبرهان الائمة والصدر الشهيد وذكر
في فتاوى قاضيخان ويضع كما فرغ من التكبير يده اليمنى على اليسرى تحت السرة وكذا في تكبيرات العيد وتكبيرات
الجنازة والقنوت ويرسل في القومة **وقوله** ثم يقول اي المصلي سبحانك اللهم وبحمدك سبحت وتعاظم
اسماؤك عن صفات المخلوقين وتعالى عظمتك فلم يزد على ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول

الله واما اذا قال الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او قال الحمد لله او سبحان الله او لا اله غيره فقد قال
ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله اجزاه وقال ابو يوسف ان كان يحسن التكبير لم يجزه الا ان يقول الله اكبر او الله الاكبر
او الله الكبير لا يجوز وان لم يحسن جاز لهما كما رحمه الله يقول الاصل في ذلك التوقيف والمنقول فيه هو الاول فلا يجوز
غيره والشافعي يقول ادخال الالف واللام فيه اي في الخبر وهو اكبر ابلغ في الثناء لان تعريف الخبر يقتضي حصره في
المبتدأ كما في قولك زيد العالم وقد عرف في موضعه فيكون ما زاد فيه من المبالغة في مقابلة ما فاته من كونه
منقولا فالخبر الثابت بما زاد فيقام مقامه وابو يوسف رحمه الله يقول ان افعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء
لانه انما يراد بالزيادة ليس مرادا في صفات الله لعدم مساواة احد اياه في اصل الكبرياء حتى يكون افعل للزيادة
كما يكون في اوصاف العباد فكان افعل وفعيل سواء ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة قال الله تعالى فلما رأينه
اكبرنه اي عظمنه وهو حاصل بما ذكرنا من الالفاظ وهذا بناء على ان الرحمن عمل اللسان والتكبير التام فيجزيه لانه
يلحق به غيره اذا كان في معناه وقد قررناه في التقرير وعلى هذا اذا قال الله لم يصر شارعا لان فيه معنى التعظيم
لكونه من تمام التاله وهو الحصر وقال محمد لا يصير شارعا لان تمام التعظيم بتمامه ولم يذكرنا ما اذا شرع
بتلك الالفاظ هل يكره ام لا وقال بعضهم لا يكره وقال بعضهم يكره في النهاية وهو الاصح كذا في المحيط

قال وان افتتح الصلاة بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية
اجزاه عند ابي حنيفة رحمه الله سواء كان قادرا على العربية او لم يكن وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان لم يحسن
العربية لا يجزيه الا في الذبيحة وان لم يحسنها اجزاه الجميع وعن محمد رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله في
الافتتاح بالعربية فانه يجزيه باي لفظ كان من اسماء الله تعالى على ما تقدم ومع ابي يوسف في الفارسية
لا يجزيه بالفارسية قال لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها قال صلى الله عليه وسلم في معرض
تفضيل لسان العرب احبوا العرب لثلاث لاني عربي والقرآن عربي ولسان اهل الجنة عربي واما الكلام في القراءة فوجه
قولهما ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص وهو قوله تعالى انا انزلناه قرآنا عربيا والقرآن هو المأمور
بقراءته في الصلاة قال الله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القرآن على ما سيجيء فهذا يقتضي ان لا يجزيه حالة
القدرة الا ان عند العجز يكتفي بالمعنى كيلا يلزم تكليف ما ليس في الوسع وصار كمن عجز عن الركوع والسجود
فانه جاز له الايماء بخلاف التسمية فان المقصود بها الذكر لله تعالى وذلك كلام لم يذكر اسم الله عليه
وهو يحصل بكل لسان سواء كان يحسن العربية او لا يحسن في قولهم جميعا وكذلك الشهادة عند الحكام واللعان
والعقود يجوز بالاجماع وروي عن الشافعي رحمه الله في القراءة كقولهما وروي انه لا يجوز لكنه ان كان لا
يحسن العربية فيتعلم ويصلي بغير قراءة ولو قرأ بالفارسية فسدت صلاته لانها من كلام الناس ولابي
حنيفة قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين وضميره يكون في زبر الاولين ولم يكن القرآن بنظمه فيها لا محالة فتعين
ان يكون بمعناه فيها والمقروء بالفارسية على سبيل الترجمة مشتمل على معناه فيكون جائزا الحاقا به فان قيل
قوله تعالى انا انزلناه قرآنا عربيا محكم لا يحتمل ان يكون غيره وقوله تعالى لفي زبر الاولين محتمل لان بعض المفسرين ذهب
الى ان الضمير للنبي صلى الله عليه وسلم فكيف يترك المحكم بالمحتمل بانه تأويل بعيد يفضي الى التفكيك اللفظي
بتفكيك الضمائر فقوله تعالى وانه لتنزيل رب العالمين الى آخره والكلام المعجز منصوص على ذلك فان قيل سلمنا انهما
في الاحكام لكنه يكونان متعارضين فيتساقطان فلا تقوم الحجة فالجواب بان اعمال الدليلين ولو بوجه اولى من
اهمال احدهما فيحمل قوله وانه لفي زبر الاولين على حالة الصلاة لانها حال المناجاة والاشتغال بنظم خاص يذهب
بالرقة ويحمل قوله انا انزلناه قرآنا عربيا على غير حالة الصلاة وقد قررنا في التقرير ابسط من هذا الموضع

وقوله ولهذا اي ولكون النظم لم تكن في الزبر بهذا النظم جازت القراءة بالفارسية عند العجز لا شك
ان العجز لا يجعل غير القرآن قرآنا **وقوله** الا انه يصير مسيئا استثناء من قوله اجزاه عند ابي حنيفة رحمه الله

ابي يوسف اولاً وعنهما انه يضم اليه قوله تعالى وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا وما انا من المشركين
ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا من المسلمين قال شيخ الاسلام
ولو قال وانا اول المسلمين اختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول تفسد صلاته لانه كذب في صلاته ومنهم من يقول لا تفسد
لانه يحمل على انه اراد به قراءة القرآن لا الاخبار على نفسه **وقوله** يضم اشارة الى انه ان شاء قدم على الثناء
وان شاء اخر عنه لان النهي صادق عليهما وهو رواية عن ابي يوسف وعنهما ان البداءة بالتسبيح اولى لقوله تعالى
وسبح بحمد ربك حين تقوم ووجه قولهما ما روي عن علي رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم كان يقول ذلك
فاذا وردت الاخبار ما نجمع بينهما عملا بالاخبار ووجه قولهما ما روي انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة كبر وقال سبحانك اللهم الى آخره ولا يزيد على هذا فيحتاج الى تأويل ما رواه
وهو انه محمول على التهجد فان الامر فيه واسع فاما في الفرائض فلا يزيد على ما اشتهر فيه الاثر ولهذا لا يأتي
بقوله وجل ثناؤك في الفرائض لانه لم يذكر في المشاهير **وقوله** والاولى ان لا يأتي بالتوجه اي بقوله وجهت
وجهي بعد النية قبل التكبير اي ليتصل النية بالتكبير **وقوله** وهو الصحيح احتراز عن قول بعض المتأخرين انه
يقولها قبل التكبير منهم الفقيه ابو الليث لانه ابلغ في العزيمة وليكون عملا بما روي في الاخبار رحمه الله يؤكد
الى تطويل [illegible] المحراب فانما يستقبل القبلة ولا يصلي وهو ممنوع شرعا فانه روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال [illegible] ساجدين **وقوله** ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم خلافا لمالك فانه لا يرى بذلك
لما روي عن انس رضي الله عنه انه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف ابي بكر وعمر رضي
الله عنهما وكانوا يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين ولنا قوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله الآية
وظاهره يقتضي ان يكون فرضا كما قال به عطاء الا ان السلف اجمعوا على انه سنة وانما قال فيه معناه اذا اردت قراءة
القرآن نفيا لقول اصحاب الظاهر انه يتعوذ بعد القراءة عملا بحرف الفاء فانه ليس بصحيح لما روى ابو سعيد الخدري
رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ قبل القراءة وقيل الفاء [illegible] يقال اذا دخلت على الامير فتأهب
اي اذا اردت الدخول وليس بواضح **وقوله** والاولى ان يقول استعيذ به فان في لفظه اختلافا واختار
الفقيه ابو جعفر الهندواني انه يقول استعيذ بالله ليوافق القرآن اي الدليل الدال على التعوذ من القراءة وهو
قوله تعالى فاستعذ بالله لانه امر من الاستعاذة ويقرب منه اعوذ لاشتراكهما في الحروف الاصول وكان
احترازا عن قول من يقول اعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم وهو رواية حفص من طريق هبيرة
لان قوله انه هو السميع العليم ثناء وبعد التعوذ محل القراءة لا محل الثناء ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله لما تلونا من قوله تعالى فاذا قرأت القرآن الآية فيأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر
عن تكبيرات العيدين وعند ابي يوسف هو تبع للثناء لانه شرع بعد الثناء وانه من جنسه لانه دعاء كالاول وتبع
الشيء ما كان بعده فينبغي ان يأتي المقتدي به **وقوله** ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

معطوف على قوله ويستعيذ وهكذا نقل في [illegible] الظاهر احترازا عن قول مالك وما احتج به فانه لا يأتي
المصلي بالتسمية لا سرا ولا جهرا لما روينا من حديث انس رضي الله عنه **وقوله** ويسر بهما اي بالتعوذ والتسمية
لقول ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي يجهر بالتسمية
عند الجهر بالقراءة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جهر في صلاته بالتسمية رواه ابو هريرة قلنا هو محمول على التعليم
كما شرع الجهر بالتكبير للاعلام كما روي عن عمر انه جهر بالثناء بعد التكبير للتعليم لان انسا رضي الله عنه قال صليت
خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف ابي بكر وعمر وعثمان فلم اسمع احدا منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم

واذا

واذا تعارضت الآثار يرجح الثاني وقيل وهو كما قلنا من الحمل على التعليم وقيل كان الجهر في الابتداء قبل نزول
ولا تجهر بصلاتك **فان قيل** خبر الاخفاء بالتسمية مما تعم به البلوى كحديث مس الذكر فان الصلاة التي يجهر
فيها بالقراءة تقع في كل يوم وليلة فلو كان هذا الخبر ثابتا في الصدر الاول لاشتهر ولو اشتهر لما بقي
الاختلاف في الصدر الاول ولما بقي الاختلاف فيه مع عموم البلوى دل على زيافته كما في خبر الزكاة على
مال الصبي **اجيب** بان الاحاديث التي تدل على ثبوت الجهر توجب الاختلاف وفيه نظر لان رفع
التأويل اللاحق لاختلاف السابق ممنوع والصواب ان يقال هذا الاعتراض انما سقط بالمعارضة فان كنا
ان نترك خبر الجهر بالتسمية مما تعم به البلوى **وقوله** ويقرأ بها [illegible] لانه يقال [illegible]
بلا آية قال تعالى [illegible] عن ابي حنيفة انه لا يأتي بها في اول كل ركعة وهو رواية
الحسن عنه لانها ليست بآية من اول الفاتحة وانما يقرأ لافتتاح الصلاة [illegible] كالنفل الواحد ولهذا
الفساد الواقع في اولها في آخرها فيكتفي بها مرة واحدة وعنه اي عن ابي حنيفة وهو رواية ابي يوسف
انه يأتي بها احتياطا لان العلماء اختلفوا في التسمية انها من الفاتحة ام لا وعليه قراءة الفاتحة في كل
ركعة فكان عليه قراءتها في كل ركعة ليكون ابعد عن الاختلاف قال المصنف هو قولهما ولا يأتي بها بين
السورة والفاتحة الا عند محمد فانه يأتي بها في صلاة المخافتة لانه اقرب الى متابعة المصحف ولا يأتي بها
فيما يجهر لئلا يختلف نظم القراءة **قال** ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة اختلف العلماء فيما هو الركن من
القراءة فذهب مالك والشافعي رحمهما الله الى ركنية قراءة الفاتحة [illegible] الى ركنية
الفاتحة وضم سورة معها له قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها ووجه
الاستدلال به ظاهر والجواب ان الركن لا يثبت الا بدليل قطعي وخبر الواحد ليس بقطعي لكنه يوجب العمل به
فقلنا به وكذا نقول بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وهو كالاول ولنا قوله تعالى
فاقرؤوا ما تيسر من القرآن ووجه الاستدلال ان قوله من القرآن مطلق ينطلق على ما يسمى قرآنا فيكون ادنى
ما ينطلق عليه القرآن فرضا لكونه مأمورا به فان قراءته خارج الصلاة ليست بفرض فتعين ان يكون في الصلاة
وفي الآية كلام بسطنا ذكرناه في التقرير **وقوله** والزيادة عليه بخبر الواحد جواب لما قال مالك والشافعي
كما ذكرناه **فان قيل** لا نسلم ان الخبر واحد بل هو مشهور تلقته الائمة بالقبول فيجوز الزيادة به **اجيب**
بالمنع لان المشهور ما تلقاه التابعون بالقبول وقد اختلفوا في هذه المسألة وبانه مؤول لاحتمال كونه نفيا
مذكورا للجنس او لنفي الفضيلة كما في قوله لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد فكان ظني الدلالة فلا يجوز
به الزيادة وقوله واذا قال الامام ولا الضالين قال الامام آمين ولما قال ذلك [illegible] التفسير
ظاهر الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين كما هو مذهب مالك
لانه صلى الله عليه وسلم قال في آخره فان الامام يقولها ويخفونها اي الامام والمقتدي لما روينا
من حديث ابن مسعود رضي الله عنه يريد به ما تقدم من قوله لقول ابن مسعود اربع يخفيهن الامام
وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء كما في خارج الصلاة قال الله
تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية وقيل منه مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه ان الامام لا يقولها في الصلاة
لانه داع والداعي لا يؤمن فكيف يستقيم القول بالاخفاء **واجيب** بان ابا حنيفة [illegible]
الائمة لا يأخذون به [illegible] قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما فتعين الجواب على قولهما كما
في باب المزارعة على ما سيجيء والحق ان ذلك غير ظاهر الرواية واما على ظاهر الرواية فما ذكره في
الكتاب انه يقولها ويخفيها وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم قال ابن مسعود ترك الناس
الجهر بالتأمين وما تركوا الا تعليما بالنسخ والجواب عن قوله الداعي لا يؤمن انه ممنوع فان التأمين دعاء

باجابة الدعاء الاول ولا فرق في ذلك بين ان يكون من الداعي او غيره ومما استدل به الشافعي على سنية الجهر
بالتامين في الجهرية من قوله صلى الله عليه وسلم اذا امن الامام فامنوا بانه علق تامين القوم بتامينه
مشهورا والمد في الفصيح وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش قال في التجنيس يفسد به صلاته وقيل
عندهما لا تفسد لانه يوجد في القرآن في قوله ولا آمين البيت الحرام **قال** ثم يكبر ويركع المصلي بعد
ما فرغ من قراءته يكبر ويركع وعليه رواية القدوري وهذا يقتضي ان يكون التكبير في محض القيام وبه قال
بعض مشايخنا ومن دأب المصنف في هذا الكتاب ان يشرح بلفظ الجامع الصغير اذا وقع نوع مخالفة بين
روايته ورواية القدوري فيذكر قوله وفي الجامع الصغير يكبر مع الانحطاط فانه يقتضي مقارنة التكبير
الركوع لان مع للمقارنة وبه قال بعض اخر **قوله** لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض
ورفع دليل قوله ثم يكبر والمراد بالخفض والرفع ابتداء كل ركن وانتهاؤه ومعناه الله اعلم من ان يؤدي حقيقة
هذا الكلام من العبارة لان العمل الحديث يدل على ان ما يفعل عند رفع الراس من تسميع الامام وتحميد المقتدي
ليس بمشروع لان نقله النبي صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد فيحمل ذلك على
ان المراد به التسليم ورفع نقضه لاحتماله ولان كلمة كل لا تباشر **فان قيل** فاذا يفعل بما روي انه استند عاملا
به ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كبر حال الركوع وانما كبر اذا رفع راسه منه **اجيب** بانه على
رجحانا ما روينا لانه اثبت متنا واتقن رواية لانه رواه علي وابن مسعود وجماعة من الصحابة رضي
الله عنهم وما رووه من رواية عبد الرحمن لم يسمعه وسمعه فهو مما تعم به البلوى فلا يكون قوله
وحده فيه حجة **قوله** ويحذف التكبير حذفا اي لا يمد في غير موضع المد لان المد في اوله خطأ من حيث
الدين لكونه استفهاما فيكون شاكا في كبرياء الله وهو كفر اذا تعمد به وفي آخره لحن من حيث اللغة اي
عدول عن سنن الصواب في اللغة لان افعل التفضيل لا يحتمل المد لغة فان فعل لا يكون شارعا في الصلاة
عند بعض مشايخنا وهو قول الفقيه ابي جعفر وتفصيل الكلام في ذلك ان الله اكبر مركب من لفظين
ولكل منهما اول وآخر فمد الالف الاولى من الله كفر للشك في كبريائه وعن محمد تفسد الصلاة وفيه نظر
لان الهمزة يجوز ان يكون للتقرير فلا يكون هناك لا كفر ولا فساد ومد الآخر منه لا يضر لانه اشباع والحذف اولى ومد
الاولى من الآخر كمد الاول من الاول ومد الآخر منه اختلفوا فيه قال بعضهم تفسد الصلاة وقال بعضهم لا تفسد
ويجزم الراء من التكبير لما روي عن ابراهيم النخعي موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
الاذان جزم والاقامة جزم **وقوله** ويعتمد بيديه على ركبتيه ظاهر **وقوله** ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة لانه
يتمكن فيها ليقع رؤوس الاصابع مواجهة للقبلة **وقوله** وفيما وراء ذلك اي فيما وراء الركوع والسجود وهو حالة
الافتتاح والتشهد يترك على العادة اي لا يضم كل الضم ولا يفرج كل التفريج **وقوله** لان النبي صلى الله عليه
وسلم اذا ركع بسط ظهره روت عائشة رضي الله عنها انه كان يعتدل حتى لو وضع على ظهره قدح من ماء لاستقر
وقوله ولا يرفع راسه ولا ينكسه معناه يسوي راسه بعجزه لانه مأمور بالاعتدال وذلك يتنافيهما **وقوله**
ولا يصوب راسه اي لا يخفضه ولا يقنعه اي لا يرفعه وانما فسر قوله كذلك جمعا بين لفظي المبسوطين فان في مبسوط شمس الائمة قال وذلك اذ ادنى
الكمال فان الركوع والسجود يكون بدون هذا الذكر الاعلى قول ابي مطيع تلميذ ابي حنيفة وشيخ الاسلام
قال في مبسوطه يريد بلا ادنى من حيث جمع العدد فان اقل جمع العدد ثلاثة والمصنف تبعهما فقال ادنى كمال
الجمع **فان قيل** المشهور في مثله ادنى الجمع ثلاثة فما معنى كمال الجمع فالجواب ان ادنى الجمع لغة يتصور في
الاثنين لان فيه جمع واحد مع واحد واما كماله فهو الذي يكون ثلاثة لان فيه معنى الجمع لغة واصطلاحا فان
قيل كمال الجمع لم يسبق ذكره ولا في حكمه فرجع الضمير الى غير مذكور **اجيب** بانه سبق ذكره دلالة بذكر الثلاث

وهو افضل لكن على وجه لا يخل القومة لانها لا تصير سببا للتنفير المكروه وان نقص جاز ويكره فيما
روي عن محمد رحمه الله وقال ابو مطيع فسدت صلاته لانه ركن مشروع فوجب اكماله كذكر معروض كما في
القيام **فالجواب** انه يلزم الزيادة على قوله تعالى اركعوا واسجدوا بالقياس وهو لا يجوز ثم يرفع راسه
ويقول سمع الله لمن حمده اي قبل الله حمد من حمده فان السماع يستعمل في القبول يقال سمع الامير كلام فلان اذا قبل
والهاء في حمده قيل هي للسكتة وهو المنقول عن الثقات وقيل كناية ويقول المؤتم ربنا لك الحمد وهو اظهر
الروايات وروي ربنا ولك الحمد وروي اللهم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين وكان غالب
احواله الامامة **وقوله** ولانه اي الامام حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام
سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وجه الاستدلال انه قسمه والقسمة تنافي الشركة **فان قيل** هذا الحديث
يعارضه ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنهما انه يخفيهن الامام وعد منها التحميد **اجيب** بانه في الجهر
انه غريب او بان الرجحان لحديث القسمة لانه مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم برواية ابي موسى الاشعري رضي
الله عنه وفيه نظر لانه ان كان غريبا او مرجوحا لم يكن حجة وقد تمسك به في اخفاء التامين فيما تقدم
وقوله ولهذا اي ولان القسمة تنافي الشركة لا ياتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا للشافعي وانه يقع تحميده
اي تحميد الامام بعد تحميد المقتدي لان المقتدي ياتي بالتحميد حين يقول الامام التسميع فلا جرم يقع تحميده
بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة **وقوله** والذي رواه يعني ابا هريرة رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بين الذكرين **وقوله**
في الاصح احتراز عن القولين الاخرين المذكورين بعده احدهما الاكتفاء بالتسميع وهو رواية النوادر لان
الامام ياتي بالتسميع والمنفرد امام في نفسه لان عليه القراءة كما على الامام ووجه الاكتفاء بالتحميد وهو
المذكور في الجامع الصغير ان الجمع بين الذكرين يقتضي الموضوع الثاني حالة الاعتدال ولم يشرع لانتقال الاعتدال
ذكر مسنون كما في القعدة بين السجدتين قال يعقوب سالت ابا حنيفة رضي الله عنه عن الرجل يرفع
راسه من الركوع في الفريضة ايقول اللهم اغفر لي قال يقول ربنا لك الحمد ويسكت وكذلك بين السجدتين
يسكت ووجه الاصح وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه ما قال فخر الاسلام ان الحديث صح
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجمع بينهما وحملناه على حالة الانفراد ولان المنفرد ياتي بالتسميع لما ذكرنا انه امام
في حق نفسه وهو حث على الحمد وحث لا يجب عليه ان يحث **قال** ثم اذا استوى قائما
كبر وسجد اذا استوى المصلي من ركوعه كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا يعني ما ذكرنا قبل هذا من
قوله صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع وما ذكر في اول الباب من قوله اركعوا واسجدوا واما
ان تعديل الاركان وهو الاستواء قائما بعد الركوع ويسمى قومة والجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع
والسجود اي القرار فيهما ليس بفرض عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف يفترض ذلك ومقدار
الطمانينة بمقدار تسبيحة وهو قول الشافعي رحمه الله وفائدة الاختلاف تظهر في جواز الصلاة بدونه
عندهما يجوز وعند ابي يوسف لا يجوز ولم يذكر هذا الخلاف في ظاهر الرواية وانما ذكره المعلى في نوادره
واستدل ابو يوسف بحديث الاعرابي وهو قوله صلى الله عليه وسلم حين رآه يخفف الصلاة قم فصل فانك
لم تصل نفى كونه صلاة بترك التعديل والقرآن فكان ركنا لان النفي لا ينفيها ولهما قوله تعالى اركعوا
واسجدوا والركوع هو الانحناء يقال ركعت النخلة اذا مالت والسجود هو الانخفاض وذلك يحصل بدون
الطمانينة فتعلق الركنية بالادنى فيهما كما لا يجوز الزيادة بخبر الواحد بطريق الفرضية لانه نسخ وموضعه
اصول الفقه هذا ما يتعلق بالركوع والسجود واما القومة والجلسة فنعدها اشار اليها بقوله وكذا في الانتقال

اذ هو غير مقصود بل المقصود هو اداء الركن **وقوله** وفي اخرها رد يجاب عن حديث الاعرابي وتقريره ان
النبي صلى الله عليه وسلم سمى ما صنعه الاعرابي صلاة حيث قال وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلاتك
فلو كان ترك التعديل مفسدا لما سماه صلاة كما لو ترك الركوع والسجود ولانه لو كان فاسدا كان الاشتغال به
عبثا فكان تركه صلى الله عليه وسلم الى الفراغ منه حلالا فكان الحديث مشترك الالزام من الوجهين ثم اذا لم
يكن التعديل عندهما فرضا فهو واجب او سنة فاما الطمانينة في الانتقال وهي القومة والجلسة فهي سنة
عندهما واما الطمانينة في الركوع والسجود ففي تخريج الجرجاني سنة وفي تخريج الكرخي واجبة حتى يجب بتركها
السهو كما عندنا وجه قول الجرجاني ان هذه طمانينة مشروعة لاكمال ركن وكل ما هو كذلك فهي
واجبة كالقراءة بخلاف الانتقال فانه ليس بمقصود كما تقدم ثم قيل في كيفية السجود والقيام منه ان يضع اولا
ما كان اقرب الى الارض عند السجود وان يرفع اولا ما كان الى السماء اقرب فيضع اولا ركبتيه ثم يديه ثم وجهه
وقال بعضهم يضع انفه ثم جبهته ويرفع اولا جبهته ثم يديه ثم ركبتيه **وقوله** ويعتمد بيديه على الارض ظاهر
ومعنى ادعم على راحتيه اي اتكأ فهو افتعال من دعمت الشيء جعلت له دعامة **وقوله** ويسجد على انفه وجبهته
تقدم الانف على الجبهة باعتبار ان الانف اقرب الى الارض فيضعه اولا لما مر **وقوله** فان اقتصر على احد
عضويه الذي اقتصر عليه ان كان الجبهة جاز باتفاق ائمتنا رحمهم الله خلافا للشافعي رحمه الله وان كان الانف جاز
عند ابي حنيفة ويكره ولم يجز عندهما الا من عذر وهو رواية اسد بن عمرو عن ابي حنيفة رضي الله عنه
لقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة اي على الركبتين واليدين والقدمين
والجبهة فان قيل كيف يستقيم الاستدلال لتقيد الحديث وانه لو ترك وضع اليدين والركبتين جازت سجدته
بالاجماع وهذه الاربعة من تلك السبعة واجيب بان الاستدلال بالحديث انما هو على محل السجود
هذه الاعضاء على ان وضعها لازم لا محالة والانف غير هذه الاعضاء المذكورة فلا يكون محلا للسجود ولابي
حنيفة رضي الله عنه ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه لان وضع جميعه غير ممكن لان الانف والجبهة
عظمان ناتيان يمنعان وضع جميع الوجه فيكون ظاهرا واذا تعذر وضع الكل كان المامور به وضع البعض الا ان
الخد والذقن خرجا بالاجماع اذ التعظيم لم يشرع بوضعهما فبقي الانف والجبهة والجبهة محل السجود
كذلك الانف وهذا لان الانف لا يخلو اما ان يكون محلا للفرض او لا والثاني باطل لان الفرض ينتقل
اليه بالاتفاق عند العجز ولو لم يكن محلا لم ينتقل اليه كالذقن والخد بل ينتقل الى الايماء لان الفرض يتعلق
عند العجز فتعين الاول ويجوز الاقتصار عليه كالجبهة والمذكور فيما روياه لا ينتقل الى الايماء الا لكانا تويما
الانف والجبهة ولطلب على ... والاكتفاء على الجبهة لما ذكرنا والمذكور فيما رويناه مخرج في الصحيح المشهور ويكره
سنة عندنا لتحقق السجود بوضع الانف لان الساجد انما يسجد على الارض وضع اليدين والركبتين
وسلم قال للمسيء صلاته ... فهو مكتوبة فالتمثيل يدل على نفي الكمال دون الجواز **وقوله** عندنا الخ
قوله لا فرض ... اعضاء السجود ما تقدم ان هذا الحديث يدل على محل السجدة لا على الفرضية وقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اسجد على سبعة
نقد ذكر القدوري انه فرض في السجود فاذا سجد ورفع اصابع رجليه عن الارض لا يجوز وان وضع احدهما وضع القدمين
فلو وضع احدهما جاز قال قاضي خان ويكره وذكر الامام التمرتاشي ان اليدين والقدمين سواء في عدم الفرضية
وهو الذي يدل عليه كلام شيخ الاسلام في مبسوطه وهو الحق **وقوله** وان سجد على كور عمامته ظاهر وكور
العمامة دورها وكل دور كور والضبع بالسكون لا غير العضد وجافى في بطنه اي باعد والبهيمة ولد الشاة
بعد السخلة فان اول ما تضعه سخلة ثم يصير بهيمة **وقوله** واذا سجد احدكم فليعتدل ولا يفترش على نحو اذا ركع احدكم
لا بهم فضدك ... ثم يرفع راسه ويكبر لان الرفع فريضة لما ان السجدة الثانية فرض فلا بد من رفع الراس ليتحقق

لا انتقال

الانتقال اليها والتكبير سنة **وقوله** لما روينا اشارة الى قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل
خفض ورفع **وقوله** وتكلموا اي المشايخ في مقدار الرفع فقال بعضهم اذا زال جبهته عن الارض ثم اعادها
جاز ذلك عن السجدتين وقال الحسن بن زياد اذا رفع راسه بقدر ما يجري فيه الريح جاز وهو قريب من الاول
وقال محمد بن سلمة لا يكون عنهما ما لم يرفع جبهته مقدارا يقع عند الناظر انه رفع راسه للسجدة الاخرى فان
فعل ذلك جاز عن السجدتين والا يكون عن سجدة واحدة وفي القدوري انه يكتفي بادنى ما ينطلق عليه اسم
الرفع وجعل شيخ الاسلام هذا الصحيح وقال لان الواجب هو الرفع فاذا وجد ادنى ما يتناوله اسم الرفع بان
يرفع جبهته كان مؤديا لهذا الركن قال المصنف والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا
وان كان الى الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا فتتحقق السجدة الثانية يعني بعد ذلك المقدار من الرفع وهو المروي
عن ابي حنيفة رضي الله عنه ذكره في شرح الطحاوي وتكلم مشايخنا في كون الركوع في كل ركعة مرة والسجود
مرتين فبعضهم ذهب الى انه تعبدي واتباع للشرع من غير ان يعقل له معنى وقد تعبدنا الشرع بما لا يعقل
له معنى تحقيقا للابتلاء ومنهم من ذكر لذلك حكمة فقال انما كان السجود مثنى ترغيما للشيطان فانه امر
بسجدة فلم يفعل فنحن نسجد مرتين ترغيما له ولهذا اشار صلى الله عليه وسلم في سجود السهو فقال هما ترغيمتان
للشيطان وقيل في السجدة الاولى يشير الى انه خلق من الارض وفي الثانية يشير الى انه يعاد اليها قال الله
تعالى منها خلقناكم وفيها نعيدكم **وقوله** كان يكبر عند كل خفض ورفع ولكن سبب لذلك لا
يقول ما روينا ولعله اشارة الى قوله لما روينا والا تقعد اي لا تجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض
لما روي في حديث مالك بن الحويرث ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رفع راسه من السجود قعد ثم
نهض ولنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ينهض في الصلاة على صدور
قدميه وما رواه محمول على ما فعله صلى الله عليه وسلم على حالة الكبر يعني فعل ذلك حين ما كبر واسن على ما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول لا تبادروني بالركوع والسجود فاني قد بدنت وما رويناه محمول على حالة
القدرة فيوفق بين الاخبار بهذا الوجه ونترك الاخبار كلها للتعارض ونعمل بالقياس وهو قوله في الكتاب
لان هذه القعدة استراحة لانه لا يليق بالنفل فان الفصل بالقعدة انما شرع اما بين السجدتين او بين الشفعين
للحاجة الى واحد منهما والصلاة ما وضعت لها **قاله** ويفعل في الثانية مثل ما يفعل في الركعة الاولى
في الركعة الثانية يفعل مثل ما فعل في الركعة الاولى لاقتداء الركعة الثانية وذكر الضمير باعتبار الجنس لتكرار الاركان
والتكرار يقتضي اعادة الاول الا انه لا يستفتح فيها اي لا يقول سبحانك اللهم الى اخره ولا يتعوذ عند عامتهم لان الاستفتاح
ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة لان رواية النبي صلى الله عليه وسلم ما رويا الا مرة واحدة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة
الاولى وقال الشافعي يرفعهما عند الركوع وعند رفع الراس منه لما روي في حديث ابن عمر وغيره ان النبي صلى الله عليه
وسلم فعل كذلك ولنا ما روى الطحاوي باسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن في افتتاح الصلاة وفي تكبير القنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام
الحجر وعلى الصفا والمروة وبجمع وعرفات وعند المقامين عند الجمرتين ارادهما الاولى والوسطى دون العقبة
والمتنازع فيه ليس من ذلك وما رواه محمول على الابتداء اي ابتداء الاسلام ثم نسخ كذا نقل عن عبد الله بن الزبير
رضي الله عنه روي عنه انه راى رجلا يصلي في المسجد الحرام يرفع يديه عند الصلاة وعند الركوع وعند
رفع الراس منه فلما فرغ من صلاته قال له لا تفعل فان هذا شيء فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تركه
وفي المسالة حكاية روي ان الاوزاعي لقي ابا حنيفة رضي الله عنهما في المسجد الحرام فقال ما بال اهل العراق
لا يرفعون ايديهم عند الركوع وعند رفع الراس منه وقد حدثني الزهري عن سالم عن ابن عمر انه صلى الله عليه
وسلم كان يرفع يديه عندهما فقال ابو حنيفة حدثنا حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي

قوله الاوزاعي

الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود فقال الاوزاعي من حدثني عن ابي حنيفة احدثه عن حديث الزهري عن سالم وهو يحدثني بحديث حماد عن ابراهيم فرجح حديثه بعلو اسناده فقال ابو حنيفة اما حماد فكان افقه منه ولما عبد الله فعبد الله هو فرجح حديثه بفقه الرواة وهو المذهب فان الترجيح بفقه الرواة لا بعلو الاسناد وان الكلام في هذا الموضع كثير وهذا المختصر لا يحتمله على ان للمعتمد على الرواية ورواة اخبارنا البدريون من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين كانوا يلون النبي صلى الله عليه وسلم في الصلاة ورواته ابن عمر ووائل بن حجر كانوا يتعوقون بعده منه صلى الله عليه وسلم والاخذ بقول الاقرب اولى وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ان العشرة الذين شهد لهم النبي صلى الله عليه وسلم بالجنة لم يكونوا يرفعون ايديهم الا عند افتتاح الصلاة **وقوله** واذا رفع راسه من السجدة الثانية ظاهر **وقوله** وبسط اصابعه ولتشهد ... بالمسبحة اذا انتهى الى الشهادة اولا لم يذكره ومن المشايخ من يقول بانه لا يشير لان في الاشارة زيادة رفع لا يحتاج اليها فالترك اولى لان مبنى الصلاة على السكينة والوقار ومنهم من يشير بها وقد نص محمد بن الحسن على هذا في كتاب المشيخة حدثنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وما حدثنا انه كان يفعل ذلك اي يشير قال فنصنع بصنيع رسول الله صلى الله عليه وسلم وناخذ بفعله وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقولنا ثم كيف يشير قال يقبض اصبعه الخنصر والتي تليها ويحلق الوسطى مع الابهام ويشير بسبابته وكلام المصنف وهو قوله ولان فيه توجيه اصابع يديه الى القبلة يشير الى انه لا يعقد شيئا من الاصابع **قال** والتشهد التحيات لله الى آخره اعلم ان لعمر رضي الله عنه تشهدا ولعلي رضي الله عنه تشهدا ولعبد الله بن عباس رضي الله عنه تشهدا ولغيرهم ايضا تشهدا وعلماؤنا اخذوا بتشهد ابن مسعود والشافعي بتشهد ابن عباس وهو ما ذكره في الكتاب التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسوله قال والاخذ بما رواه ابن عباس اولى لوجوه اربعة احدها ان فيه زيادة كلمة وهي المباركات والثاني انه يوافق القرآن علينا قال الله تحية من عند الله مباركة طيبة والثالث انه ذكر السلام بغير الالف واللام واكثر تسليمات القرآن مذكور بغير الالف واللام قال الله تعالى سلام عليكم طبتم قالوا سلاما قال سلام وسلام عليه يوم ولد واولى في الكلام ما وافق القرآن والرابع انه متاخر عن خبر ابن مسعود وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله اولى لوجوه ذكر بعضها في الكتاب فانه قال اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله الى آخره فقوله قل امر واقل مرتبته الاستحباب **وقوله** السلام عليك بالالف واللام يفيد الاستغراق **وقوله** والصلوات بالواو يفيد تجديد الكلام كما في القسم **وقوله** اخذ بيدي وعلمني يفيد زيادة تاكيد وقوة فذلك اربعة اوجه اخرى منها ان قوله التحيات عام يتناول كل قربة الصلاة وغيرها فاذا قال الصلوات تناولها وما بعد تخصيصها وبيانا ... الصلاة لاعتراضي قال بالواو يتنقل الى انواعا ما فيكون ابلغ في الثناء فكان اولى ومنها تقديم اسم الله تعالى فانه اذا قدم على المدح في ابتداء الكلام ومتاخرا كان كما لك وازالة الاحتمال باول الكلام اولى ومنها التعلق به تمام الصلاة فدل على ان التمام لا يوجد بدونه ومنها ان تشهد ابن مسعود احسن اسنادا فلهذا قال ائمة الحديث ومنها اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على الاخذ بتشهده رضي الله عنه وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه علم الناس على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد مثل ما قال ابن مسعود رضي الله عنه هكذا وروي سلمان الفارسي وجابر ومعاوية رضي الله عنهم ومنها اشتماله على لفظ العبد الذي يدل على ما يدل من كمال الحال قال الله تعالى سبحان الذي اسرى بعبده ليلا ذكره بلفظ العبد في الموضع الذي هو بيان اعلى مراتبه صلى الله عليه وسلم ومنها الحسن ضبطه فان ابا حنيفة رضي الله عنه قال اخذ حماد بيدي وقال

حماد

حماد اخذ ابراهيم النخعي بيدي وقال ابراهيم اخذ علقمة بيدي وقال علقمة اخذ ابن مسعود بيدي وقال ابن مسعود اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد والجواب عن قوله فيه زيادة كلمة ان الزيادة لو كانت مرجحة لكان تشهدنا اولى لان فيه زيادة بسم الله الرحمن الرحيم وفي حزنا زيادة الواو والالف واللام **وقوله** عنه ثم كان اولى وعن قوله يوافق القرآن انه ليس بمرجح لان قراءة القرآن في القعدة مكروهة فكيف يستحب ما يوافقه وعن قوله اكثر التسليمات بغير الالف واللام انه يستلزم الموافقة وقد قلنا انها مكروهة على ان السلام جاء في القرآن بالالف واللام ايضا قال الله تعالى والسلام علي يوم ولدت والسلام على من اتبع الهدى وعن قوله خبر ابن عباس متاخر انه ليس كذلك روى الكرخي في حديث ابن مسعود قال كنا نقول في اول الاسلام التحيات الطاهرات المباركات الزاكيات فدل على ان خبره متاخر عما رواه ابن عباس **وقوله** لان ابن عباس يروي تاخر السن ليس بشيء لان احتمال ترجيح رواية اصاغر الصحابة على اكابرهم ولان ابن مسعود ان تقدمت هجرته فقد تقدمت صحبته الى ان قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل في تفسير التحيات اي العبادات القولية لله والصلوات اي العبادات البدنية لله والطيبات اي العبادات المالية لله **وقوله** السلام عليك حكاية السلام الذي رده الله تعالى على نبيه صلى الله عليه وسلم ليلة المعراج لما اثنى على الله بثلاثة اشياء رد الله عليه في مقابلتها ثلاثة اشياء السلام بمقابلة التحيات والرحمة بمقابلة الصلوات والبركة بمقابلة الطيبات والبركة هي النماء والزيادة **وقوله** ولا يزيد على هذا اي على مقدار التشهد وقال الشافعي رحمه الله في الجديد يسن الصلاة على النبي في القعدة الاولى لحديث ام سلمة رضي الله عنها في كل ركعتين تشهد وسلام على المرسلين ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في وسط الصلاة وآخرها فاذا كان وسط الصلاة نهض اذا فرغ من التشهد واذا كان آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء وما رواه محمول على التطوع فان كل شفع من التطوع صلاة على حدة او مراده سلام التشهد **قال** ويقرأ في الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة رضي الله عنه فيما روى البخاري في صحيحه باسناده الى ابي قتادة رضي الله عنه وهو مما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر في الاوليين بام الكتاب وسورتين وفي الاخريين بام الكتاب وهذا بيان الافضل **وقوله** هو الصحيح احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة ان القراءة في الاخريين واجبة حتى لو تركها ساهيا لزمه سجود السهو لان القيام في الاخريين مقصود فيكره اخلاؤه عن القراءة والذكر جميعا كما في الركوع والسجود ووجه الصحيح ما ذكره ان القراءة فرض في الركعتين الاوليين على ما يأتي ان شاء الله من بعد **وقوله** وجلس في الاخرة كما جلس في الاولى قيل في الاخرى ليتناول قعدة الفجر وقعدة المسافر وليس بواضح لان قوله كما جلس في الاولى ينبو عن ذلك **وقوله** لما روينا من حديث وائل بن حجر يريد به قوله يروى عن ذلك من حديث وائل وعائشة اي حديث عائشة وهو قوله هكذا وصفت عائشة قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم **وقوله** ولانها اي الجلسة على تلك الصفة اشق على البدن من التورك الذي يميل اليه مالك قال مالك المسنون في القعدة ان يتمكن متوركا بان يخرج رجليه من جانب ويفضي بأليتيه الى الارض في القعدتين جميعا وما كان اشق فهو افضل والذي يرويه مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم قعد متوركا ضعفه الطحاوي قال هذا من حديث عبد الحميد بن جعفر وهو ضعيف عند نقلة الحديث ولو كان صحيحا كان محمولا على الكبر **وقوله** والتشهد معطوف على قوله جلس وهو واجب عندنا وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وهو ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فيهما اي في قراءة التشهد والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فانهما فرضان عنده اما التشهد فلما روى ابن مسعود رضي الله عنه كنا نقول قبل ان يفرض التشهد السلام على الله وعلى جبرئيل وميكائيل فقال النبي صلى الله عليه وسلم قولوا التحيات لله الى آخره قال في آخره اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك اطلق اسم الفرض على التشهد وقال ... ظاهر الامر للوجوب وعلق

العمام به خلايتم بدونه واما الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فلقوله تعالى صلوا عليه والامر للوجوب ولا
وجوب خارج الصلاة فكان فيها ولنا عدم فرضية التشهد بحديث ابن مسعود فانه علق التمام باحد
الامرين واجمعنا على ان التمام تعلق بالقعدة فانه لو تركها لم يجز فلا يتعلق بالثاني ليتحقق التخيير فان
موجب التخيير التساوي بين الاتيان باحدهما فمن علق بثالث غيرهما وهو الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم
فقد خالف النص ولكن يرد عن استدلاله بالحديث ان معناه الزمنا التعديل اي قبل ان يقدر التشهد والامر
صدر على سبيل التعليم فلا يفيد الفرضية فانهم يقولون في بعض الكلمات لان الفرض عندهم خمس كلمات وقد اجبنا
عن قوله علق التمام بما تقدم وعن الاية انا لا نسلم انها لا وجوب خارج الصلاة فانها واجبة فيه اما مرة واحدة
كما ذكره الكرخي او كلما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر لان الوجوب الذي يقتضيه
الامر قد حصل فانه لا يدل الاية على كونها في الصلاة البتة ومختار صاحب التحفة وقول الكرخي مختار شمس
الائمة وكيفية الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ان يقول اللهم صل على محمد وعلى ال محمد كما صليت على
ابراهيم انك حميد مجيد وبارك على محمد وعلى ال محمد كما باركت على ابراهيم وعلى ال ابراهيم انك حميد مجيد كذا نقل
عيسى بن ابان عن محمد بن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن مسعود وابن عباس وجابر
رضي الله عنهم انهم قالوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم عرفنا السلام عليك فكيف الصلاة عليك فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم صل على محمد وعلى ال محمد وبارك على محمد وعلى ال محمد وارحم محمدا وال محمد
كما صليت وباركت وترحمت على ابراهيم وعلى ال ابراهيم في العالمين انك حميد مجيد وحكي عن محمد بن
عبد الله بن عمر انه كان يقول لا يجوز ارحم محمدا لانه يستعمل في التوبيخ او في قوله وارحم محمدا نوع ايهام بالتقصير
واليه ذهب شيخ الاسلام فيتركه ذلك وقال شمس الائمة السرخسي انه لا باس به لان الاثر ورد به من طريق ابي
هريرة وابن عباس ولا عتب على من اتبع الاثر ولان احدا لا يستغني عن رحمة الله تعالى **وقوله** والادعية
المروية اشارة الى ما ذكرنا من الحديث عن ابن مسعود **قال** ودعا بما يشبه الفاظ القرآن مثل ان
يقول اللهم اغفر لي ولوالدي وهو مثل قوله واغفر لابي والادعية المأثورة ويجوز بالنصب عطفا على الفاظ ويجوز
بالجر عطفا على القرآن والمأثور المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ما روي عن ابي بكر رضي الله
عنه انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم علمني يا رسول الله دعاء ادعو به في صلاتي فقال قل اللهم اني
ظلمت نفسي ظلما كثيرا وانه لا يغفر الذنوب الا انت فاغفر لي مغفرة من عندك انك انت الغفور الرحيم وكان
ابن مسعود رضي الله عنه يدعو بكلمات منهن اللهم اني اسألك من الخير كله ما علمت منه وما لم اعلم واعوذ بك
من الشر كله ما علمت منه وما لم اعلم **وقوله** لما روينا من حديث ابن مسعود يريد به قوله واذا كان
اخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء **وقوله** وقال النبي صلى الله عليه وسلم يعني حين قال اذا قلت هذا
الى اخره قال ثم اختر من الدعاء اعجبه واطيبه اليك بتذكير الضمير وهو الموافق لما ذكر في الشن
وفي بعض نسخ الهداية اعجبها اي الى الدعوات ولئن صح بالتانيث فعلى تأويل الدعوات لحصول الاستغراق
في الدعاء بدخول اللام وقيل على تأويل الكلمات **وقوله** ليكون اقرب الى الاجابة وذلك لانه يستحب البدأة
للنبي صلى الله عليه وسلم ولا يحسن من الكريم ان يستجيب بعض الدعاء دون بعض اخر فيستجيب الجميع ولا يدعو
بما يشبه كلام الناس تحرزا عن فساد الصلاة في كلام الناس لا يجيب الصلاة بالاتفاق لان حقيقة كلام الناس
صنع من المصلي فتم به صلاته فكان بالدعاء الذي يشبه كلام الناس بعد التشهد خارجا من الصلاة لا
مفسدا لها ثم فسر ما يشبه كلام الناس وما لا يشبهه فقال ما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني
فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم ولقائل ان يقول بين هذا التفسير وبين
ما تقدم من قوله بما يشبه الفاظ القرآن منافاة لانه لو قال اللهم اغفر لاخي ينبغي ان لا يجوز نظرا الى الاول

قوله فان موجب التخيير اقول فيه بحث
سعدي افندي
دل ذلك على عدم فرضية الصلاة عليه لانه علق باحدهما
اي في بعض كلمات التحيات لان الفرض عندهم خمس كلمات مع ان التشهد اكثر منها فيلزم الترجيح فعلم ان الامر صدر على سبيل التعليم

وقد نقل عن ابي بكر محمد بن الفضل وانه يجوز نظرا الى الثاني ويمكن ان يجاب عنه بانه ليس اختيار المصنف
اذ ليس المراد ان يكون الفاظ الدعاء من الفاظ القرآن فلا يستبع اللهم اغفر لاخي لانه مما يستحيل سؤاله من
الناس واختلفوا في قوله اللهم ارزقني فمنهم من يقول لا باس به لان الرزاق هو الله ليس الا ومنهم من يقول تفسد
الصلاة واختاره المصنف في بعض النسخ هو الصحيح لاستعماله فيما بين الناس يقال رزق الامير الجيش **قوله**
ويسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك التسليم على هذا الوجه قول جمهور
العلماء وكبار الصحابة عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وروى ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم كان
يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر والاخذ بقول كبار الصحابة
اولى مما قال به مالك انه يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه لما روت عائشة وسهل بن سعد الساعدي رضي
الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذلك لان كبار الصحابة كانوا يرون فعله صلى الله عليه وسلم وعائشة كانت
في صف النساء وسهل كان من جملة الصبيان فيحتمل انهما لم يسمعا التسليمة الثانية على ما روي انه صلى الله
عليه وسلم كان يسلم الثانية اخفض من الاولى وينوي بالتسليمة الاولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة
وهكذا وضع الجامع الصغير وفي وضع الاصل قدمت الحفظة وليس في ذلك دلالة على ان بني ادم افضل من الملائكة
ولا عكسه لان الواو لمطلق الجمع وانما ينوي عن التسليمة لانه اقامة سنة فليكن بالنية كما في سائر السنن وهكذا
قالوا في التسليم خارج الصلاة ينوي السنة وكذلك الثانية ان ينوي فيهما ما نوى في الاولى وقال لان الاعمال بالنيات
فان قيل قد ابتم اشتراط النية في الوضوء بهذا الحديث فكيف استدللتم بها هنا فالجواب انا ابينا اشتراطها فيه
لاستلزامه الزيادة على الكتاب كما تقدم وههنا ما جعلناها شرطا وانما استدللنا بظاهر اللفظ على سنيته
من غير حاجة الى كتاب ولا استحباب يستلزم الزيادة على الكتاب قال صدر الاسلام هذا شيء تركه الناس لانه
قلما ينوي احد شيئا ولا ينوي النساء في زماننا يعني انما قال محمد من نية النساء كان في زمنهم واما في
زماننا فلا ينوي النساء لان حضورهن الجماعات مكروه وكذا قال بعض المتأخرين ولا من لا شركة له في الصلاة من
المؤمنين الغيب **وقوله** هو الصحيح احتراز عما قال الحاكم الشهيد انه ينوي جميع الرجال والنساء ممن يشاركه ومن
لا يشاركه ليكون على وفق سلام التحليل خطاب والخطاب للحاضرين بخلاف سلام التشهد يعني قوله السلام
علينا وعلى عباد الله الصالحين من عباده على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم اذا قال المصلي السلام علينا وعلى
عباد الله الصالحين اصاب كل عبد صالح من اهل السماء والارض **قال** ولا بد للمقتدي من نية امامه
قيل تخصيص الامام بالذكر يؤكد قول من يقول ينوي من يشاركه في الصلاة دون غيرهم **وقوله** فان كان الامام
في الجانب الايمن ظاهر **وقوله** هو الصحيح احتراز عما قال بعضهم ان الامام ينوي في التسليمة الاولى لا غير وعلى
قول الامام يجب ان ينوي لانه يجهر بالسلام ويشير اليهم وهو فوق النية فلا حاجة الى النية ولا ينوي الملائكة
يشير الى ان المراد بالحفظة ليس كرام الكاتبين فقط كما زعم بعضهم انه ينوي به ذلك وهم اثنان واحد عن يمينه
يكتب الحسنات واخر عن يساره يكتب السيئات بل المراد بهم جماعة من الملائكة ولا حصر في ذلك عددا فانه لا
لان الاخبار في عددهم قد اختلفت روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال مع كل مؤمن خمس من الحفظة واحد عن
يمينه يكتب الحسنات واخر عن يساره يكتب السيئات واخر امامه يلقنه الخيرات واخر وراءه يدفع عنه المكاره واخر
عند ناصيته يكتب ما يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويبلغه الى الرسول صلى الله عليه وسلم وفي بعض الاخبار مع كل مؤمن
ستون ملكا وفي بعضها مائة وستون واذا كان كذلك فينويهم بدون حصر في عدد كما في الايمان بالانبياء عليهم
السلام يؤمن بكلهم ولا يخصهم في عدد لئلا يخرج منهم من هو منهم ولا يدخل فيهم من ليس منهم **وقوله** وهو يتمسك
بقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير وتحليلها التسليم وجه التمسك به ان الالف واللام ليس للعهد لعدم معهود
فكان للاستغراق للجنس فقد جعل جنس التحليل في الصلاة بالسلام فمن اثبت لغيره فقد خالف النص ولنا ما رويناه من حديث

قوله وجه التمسك ان الالف واللام للاستغراق
قال المصنف مقاعد

ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما علمه التشهد قال له اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك فان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد وجه التمسك انه صلى الله عليه وسلم حكم بتمام الصلاة قبل السلام وخيره بين القعود والقيام وهذا ينافي فرضيته امر آخر ووجوبه الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا دون الفرضية لانه خبر واحد وبمثله لا يثبت الفرضية والله اعلم بالصواب

فصل في القراءة

ذكر بعض الشيوخ ... وهو خلاف الاجماع

لما فرغ من بيان صفة الصلاة وكيفيتها ببيان اركانها وفرائضها وسننها ذكر احكام القراءة في فصل على حدة لزيادة احكام تعلقت بها دون سائر الاركان وابتدأ بذكر الجهر والاخفاء راجع الى الصفة والذات قبل الصفة لان الجهر من صفات الاداء الكامل والتقديم الكامل والقاصر ايضا فكان الابتداء بذكر صفة تختص بالاداء الكامل والتقديم بعد الكمل لقد لان الجهر هو الاصل في شرعية الصلاة اولى ثم المصلي ان كان اماما يجهر في الفجر وفي الركعتين الاوليين من المغرب والعشاء ويخفي في الاخريين هذا هو المأثور المتوارث المنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين رضي الله عنهم ثم الجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت بالسنة وهو ما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه انه قال في كل صلاة تقرا فما اسمعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اسمعناكم وما اخفى علينا اخفينا عليكم واجماع الامة فان الامة اجمعت من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على الجهر فيما يجهر وعلى المخافتة فيما يخافت والمعنى الفقهي فانها ركن من اركان الصلاة فيجب اظهارها في الصلوات كلها الا ان الكفار كانوا يلغون عند القراءة ويغلطون في الظهر والعصر فترك الجهر فيهما لهذا العذر وان زال بكثرة المسلمين بقيت المخافتة كالرمل في الطواف واما في المغرب والعشاء والفجر فالكفار كانوا متفرقين ونيام فجهر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقراءة في هذه الصلوات على ما هو الاصل وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر وان شاء خافت واسمع نفسه لعدم المانع فان الجهر للاسماع ولا اسماع ههنا اذ ليس معه احد يسمع وحكى ان الفائتة لم تحصل في الجهر والخفاء بين فاذن ما بينهما انفسه فيخير لذلك وبيان الحكم وفوائد الجهر هنا كل الجهر اذ ليس معه احد يسمعه بل يأتي بادنى الجهر فكان معناه انه شاء جهر واسمع نفسه ولا يسمع غيره والجهر افضل ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفي الامام القراءة في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة مسموعة وانما فسر بهذا احترازا عن قول ابن عباس وتفسيره فانه يقول لا قراءة في هاتين الصلاتين لقوله صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة والدليل على عدم صحة تفسيره ما روى انه قيل لخباب بن الارت رضي الله عنه بم عرفتم قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الظهر والعصر قال باضطراب لحيته ومما روي عن ابي قتادة رضي الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسمعنا الاية والايتين في الظهر احيانا وقال مالك رحمه الله يجهر الامام فيهما في عرفة لان الصلاة هناك بمجمع عظيم فيجهر فيهما كالجمعة والحجة عليه ما رويناه واورد عليه بانه ليس بحديث وانما هو من كلام الحسن البصري رحمه الله ذكره في الغريبين والفائق للزمخشري وابن سلمان فهو عام مخصوص خص منه الجمعة والعيد فيجوز تخصيصه بالقياس على الجمعة واجيب بان اصحابنا رحمهم الله تعالى ما علموا كيفيته به وتعللوا ان ابن عباس رضي الله عنه كان يشرع بعدم القراءة كما تقدم فليسوا من اهل الاصول والبدع ولولا ثبت عندهم اسناده لما فعلوا ذلك وعن الثاني ان الجمعة والعيدين ليست مخصوصة لان الجمعة فرضت بالمدينة وكانت الغلبة للمسلمين فجهر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها بالقراءة فكان نسخا لا تخصيصا والنسخ بالقياس لا يجوز وكذلك في الاعياد وبه عرف حكم الجمعة والعيدين والنقل المستفيض اي الشائع المتشر اردي

ابو حنيفة في مسنده باسناده الى النعمان بن بشير ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرا في الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل اتاك حديث الغاشية وهو يدل على انه كان يجهر حتى يسمع قوله في التطوع في النهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا يدل على ان الجهر افضل لان الفرض في حق المنفرد كذلك وقد روت عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجهر في تهجده يونس اليقظان ولا يوقظ الوسنان ولانه صلى الله عليه وسلم كان يفعل الا الافضل وليس في بعض النسخ **وقوله** ومن فاته العشاء الى قوله ومن قرا في العشاء والصواب ذكرها لانها من اصل مسائل الجامع الصغير حيث قال فخر الاسلام في الجامع الصغير هذه المسئلة مسئلة هذا الكتاب فالمصنف التزم ذكر مسائل الجامع الصغير **وقوله** وان كان وحده خافت حتما هو الصحيح مخالف لما ذكره شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي في شروحهم للجامع الصغير فانهم قالوا الجهر افضل لان القضاء يكون على وفق الاداء المنفرد مخير بين الجهر والمخافتة والجهر افضل فكذلك في القضاء واما تعليل المصنف فتقريره ان الجهر اما ان يكون واجبا او جائزا وسببه اما الجماعة او الفرض هنا لعدمه وسبب الثاني الوقت والفرض عدمه فتعين الاخفاء ومنع بان التسبب ليس بمحصر في ذلك لم لا يجوز ان يكون موافقة القضاء للاداء سببا للجواز ايضا في حق المنفرد ويمكن ان يجاب عنه بان ما ذكره المصنف من سببي الجهر والحكم ثابتة بالاجماع وكذا انتفى كل منهما فينتفي الحكم واما موافقة القضاء الاداء فليس على سببيتها اجماع ولا نص يدل عليها فجعلها سببا يكون اثبات سبب بالرأي ابتداء وهو يرجع الى الشركة في وضع الشرع وذلك باطل ولعل هذا حمل المصنف على الحكم بكونه حتما هو الصحيح فيكون معنى قوله هو الصحيح دراية لا رواية فان اكثر الروايات على الجواز كما ذكرنا آنفا ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرأ الفاتحة لم يعد في الاخريين وان قرأ الفاتحة فلم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر يعني بهما على الصحيح كما نذكره وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة منهما لان الواجب قد فات عن وقته لانه احدهما سلام يا وجب عليه قضاؤها في الشفع الثاني ام لم يقض فالواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل يقول ليس بموجود لان الدليل هو ان يكون ما له مشروعا في محل يقدر عليه والسورة في الاخريين غير مشروعة ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين يترتب الفاتحة على السورة اذ التقدير انه قرأ السورة ثم يقضي الفاتحة في الشفع الثاني والذي وقع في الشفع الثاني بعد الذي وقع في الشفع الاول فيكون الفاتحة على السورة التي في الركعة الثانية من الشفع الاول لانه رتب الفاتحة على السورة وهو غير مشروع لا محالة واجيب بان ذلك على وجه الدعاء وليس الكلام فيه وانما الكلام في قراءة الفاتحة على وجه قراءة القرآن ولقائل ان يقول الفاتحة التي تقع في الشفع الثاني محلها كالواقعة في الشفع الاول فلتعد لانها وقعت قبل السورة حكما لان ذلك محلها فتكون السورة مترتبة على الفاتحة دون العكس لكن ابانة تعين بها كالواقعة في الشفع الاول ... لضرورة تدارك الفائت ان امكن قضاؤها على الوجه المشروع وهو ترتب السورة على الفاتحة ولكن بعض قول ابي يوسف انا لا نسلم ان السورة في الاخريين مشروعة نفلا فلعله لو قرأ فيهما لا يلزمه سجود السهو **وقوله** ثم ذكر هنا اي في الجامع الصغير ما يدل على الوجوب لانه قال اذا ترك السورة في الاوليين احب الي ان يقضيها انما وجه ما ذكر في الجامع الصغير فقد بيناه واما وجه ما ذكر في الاصل فان في رواية الكتاب لان ما بين السورة ان كانت موضوعة عن الفاتحة فهي موصولة بالفاتحة الاولى لوقوع الفصل بالفاتحة الثانية فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه فلم يكن الشق الاخر وهو ان يكون مقدمة على الفاتحة لبعده لانه يقضي الى جهة غير مشروع وهو تقديم السورة على الفاتحة وان ذهب اليه البعض **وقوله** ويجهر بهما هو الصحيح احترازا عما روى ابن سماعة عن ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله

قوله اما قضاها في الاخريين ...

فيه بنا ... في الشفع ... وبناه

عنهما انه يجهر بالسورة خاصة لان في الفاتحة تؤدي الى صفة ادائها وفي السورة قاس يخير فيها كما كان يجهر
في الاداء فلا يكون جمعا بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة تقديرا لان القضاء يلحق بمحل الاداء وعما روى
هشام عن محمد رضي الله عنهما انه لا يجهر اصلا لانه لا يجهر بالفاتحة لما قلنا فلو جهر بالسورة كان جمعا بين
الجهر والمخافتة في ركعة واحدة وهو شنيع فاما ان يخفيهما كما روي عن محمد وفي ذلك تغيير صفة الواجب
وهو السورة لاجل مراعاة صفة النفل وهو الفاتحة وهو اتباع الاقوى للادنى واما ان يجهر بهما وفيه تغيير
لصفة الواجب فكان اولى قال والمخافتة ان يسمع نفسه لان القراءة من الكلمات المشتملة على اللسان على نوع من
كلام وحركة لان الغرض منه اما ان يكون افادة النسبة للمخاطب او لا فان كان الاول فهو الكلام والا فهو
القراءة وكل منهما جهر ومخافتة وقد اختلف العلماء في حد الفاصل بينهما فذهب الفقيه ابو جعفر
الهندواني الى ان المخافتة هو ان يسمع نفسه وما دون ذلك مجمجة ودندنة ليس بكلام ولا قراءة والجهر هو ان
يسمع غيره فهو كما ترى جعل كل واحد منهما نوعا من الكيفيات المسموعة وقال الكرخي ان تحرك اللسان بدون
الصوت لا يسمى قراءة في اللغة وعرفا وفيه نظر فان من رأى المصلي لا يطرح بعضو بحركة الشفتين يخبر عنه
انه يقرأ كما لو سمعه يخبر وقال الكرخي ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف لان القراءة فعل
اللسان دون الصماخ فان الاطرش يتكلم ولا يسمع وهو كما ترى جعل المخافتة من الكيفيات المبصرة والجهر من
الكيفيات المسموعة واعترض بان الكتابة يوجد فيها تصحيح الحروف ولا تسمى قراءة لعدم الصوت وهو فاسد
لانه لم يجعل التصحيح للحروف مطلقا قراءة بل تصحيح الحروف باللسان قراءة الا ترى الى قوله لان القراءة فعل اللسان
وقوله وفي لفظ الكتاب قيل يعني به مختصر القدوري وهو ما ذكره في اول الفصل بقوله فهو مخير ان شاء جهر
واسمع نفسه لا غيره فان شاء اسمع نفسه وغيره وكما ترى [illegible] في كلام محمد ما يحتمله وقوله
وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق يعني اذا قال انت طالق او انت حر ولم يسمع نفسه وقع الطلاق والعتاق عند
الكرخي خلافا للهندواني وكذا اذا جمعهما وخافت بالاستثناء والشرط بحيث لم يسمع نفسه [illegible] الاستثناء
اصلا او تاخرا الى وجود الشرط عند الكرخي وعند الهندواني يقعان في الحال وعلى هذا التسمية على الذبيحة
ووجوب سجدة التلاوة قال وادنى ما يجزي من القراءة في الصلاة [illegible] اما ان يكون في الحضر او في
السفر فان كانت في الحضر فهي على ثلاثة اقسام [illegible]

[illegible]

من العوارض ومن هو اليق بالتأخير الا انه مظنة قلة القراءة فكان انسب لذكر قراءة الآية الواحدة واما الان شعب بحثه
للخصم كثيرة فاراد ان يفرغ من بحث الشغل ليدخل في بحث الحضر على فراغ وكلامه في السفر ظاهر والامنة بفتح
الميم هو الامن وذلك لان السفر مظنة التخفيف اذ بر الحكم عليه وخفف في القراءة وان كان المسافر في حال الامن
الا يرى انه اثر في اسقاط شطر الصلاة فانه كان على امنة وقرار فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى فان قيل
هذا التعليل يخالف لما ذكر في طرف ابي حنيفة في مسئلة الاوقات في باب الانجاس حيث استدل ههنا بوجود
التخفيف مرة على التخفيف ثانيا وابى ذلك هناك اجيب بالفرق بين الموضعين بان العمل بتخفيف القراءة
عمل بالدلالة لان كل شيء اثر في الاصل كان ظهور تاثيره في الوصف اولى لكونه تابعا للاصل بخلاف الارواث فان
الضرورة حلت في صفة التخفيف مرة وكفيت مؤنتها بمرة فلا تعمل ثانية ويقرأ في الفجر في الركعتين اربعين آية
او خمسين سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك وردت
الآثار قال [illegible] تلبثت سورة ق واقتربت من في رسول الله صلى الله عليه وسلم لكثرة قراءته بهما في
صلاة الفجر وق خمس واربعون آية واقتربت خمس وخمسون آية وروي عن ابن عباس رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم قرأ في الفجر يوم الجمعة الم تنزيل السجدة وهل اتى على الانسان والاولى ثلاثون والاخرى
احدى وثلاثون فلما اختلفت مقادير قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفت رواية محمد فيها وفي
لفظ الكتاب اشارة الى ان هذه المقادير انما كانت [illegible] في الركعتين لا في ركعة واحدة حتى تكون في كل ركعة
اربعين في كل ركعة عشرون وقوله ووجه التوفيق يعني بين الروايات وهو ظاهر وقوله وفي الظهر
مثل ذلك اي مثل ما قرأ في صلاة الفجر الم تنزيل السجدة قال ابو سعيد الخدري رضي الله عنه سجد رسول الله صلى الله
عليه وسلم في الظهر فظننا انه قرأ الم تنزيل السجدة وفي حديث انه كان يقرأ في صلاة الفجر الم تنزيل السجدة وفي
الثانية هل اتى على الانسان فدل انه قرأ في الظهر مثل ما قرأ في ركعتي الفجر وقال في الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال
فينقص عنه تحرزا عن الملال لما روى ابو سعيد الخدري رضي الله عنه انه كان يقرأ في الظهر قدر ثلاثين آية وهو
نحو سورة الملك وقوله والعصر والعشاء سواء يعني في سعة الوقت على وجه الاستحباب يقرأ فيهما باوساط
المفصل لما روى جابر بن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الركعتين الاوليين من العصر والسماء ذات البروج
والسماء والطارق ولحديث معاذ بن جبل رضي الله عنه ان قومه شكوه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بتطويل
قراءته في العشاء فقال له النبي صلى الله عليه وسلم افتان انت يا معاذ اين انت من سبح اسم ربك الاعلى والشمس وضحاها
وفي المغرب بقصار المفصل لما روي انه صلى الله عليه وسلم قرأ في صلاة المغرب بالمعوذتين وطوال المفصل من سورة
الحجرات الى سورة والسماء ذات البروج والاوساط منها الى لم يكن والقصار منها الى آخره وقيل طواله من الحجرات الى
سورة عبس واوساطه من كورت الى والضحى والقصار منه الى آخر المصحف وقوله ويطيل الركعة الاولى من
الفجر به جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وفيه اعانة للناس على ادراك الجماعة
لا بتطويل يعرضون عنها وقال محمد رحمه الله احب الي ان يطيل النبي صلى الله عليه وسلم كان يطيل القراءة في الركعة الاولى
في الصلوات كلها ولهما ان ركعتي الصلاة مطلقا استويا في استحقاق القراءة لكونها ركنا في الجميع وكل ما كان
كذلك يستويان في المقدار الا بعارض غير اختيار كما في صلاة الفجر لان تطويل الركعة الاولى متفق عليه فيها
ولئلا يرد ما قال [illegible] محمد ان معنى تفضيل الركعة الاولى على الثانية موجود في سائر الصلوات الا ان الغفلة في
الفجر بسبب النوم وفي غيرها باشتغال الناس بالكسب لانه غفلتهم تكون باختيارهم بخلاف النوم ثم المعتبر في التطويل الآيات
ان كانت متساوية او متقاربة من حيث الكلمات والحروف واما اذا كانت متفاوتة من حيث ذلك فالمعتبر بالكلمات
والحروف في مقدار زيادة احدهما على الاخرى فمنهم من اعتبر الثلث والثلثين بان يكون الثلثان في الاولى والثلث في
الثانية وقال في شرح الطحاوي ينبغي ان يقرأ في الاولى بثلاثين آية وفي الثانية بعشر آيات او عشرين وهكذا

بيان الاولوية واما بيان الحكم فالجواب ان كان التفاوت فاحشا بان قرأ في الاولى باربعين وفي الثانية بثلاث آيات واما اطالة الركعة الثانية على الاولى فمكروه بالاتفاق ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلاث آيات لان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في المغرب بالمعوذتين والثانية اطول بآية ولما قال في الكتاب من قوله لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج والحرج مدفوع وهذا عند الطرفين واما عند محمد فعنه ابي يوسف ان زيادة احدى الركعتين على الاخرى مكروهة وقيل ليست بمكروهة لان امر النوافل اسهل لما ربما جازت قاعدا مع القدرة على القيام **قال** وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجزي غيرها والتي بعدها ثم اي انهما في افادة الحكم واحد وليس كذلك بل هما متغايران وضعا وبيانا اما الوضع فلان الاولى من مسائل القدوري والثانية من مسائل الجامع الصغير وكذا التزم الاتيان بها اذا اختلفت الروايات واما البيان فلان معنى الاولى ليس في شيء من الصلوات مطلقا تعيين قراءة سورة بعينها لا تجوز الصلاة بغيرها وهو احتراز عن مذهب الشافعي رحمه الله فانه عين قراءة الفاتحة لجواز الصلاة وقال لا تجوز الصلاة بغيرها من السور فقلنا انه باطل لاطلاق ما تلونا من قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن لا يقال فعلى هذا يلزم التكرار من وجه آخر لما تقدم ان قراءة سورة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا خلافا للشافعي لانا نقول ما تقدم كان من لفظ الهداية وهذا ذكر على انه من لفظ القدوري ومعنى الثانية يكره ان يعين المصلي شيئا من القرآن مثل الم السجدة وهل اتى على الانسان لشيء من الصلوات كالفجر يوم الجمعة لا على انه لا يجوز غيرها وهو ايضا احتراز عن مذهب الشافعي رحمه الله فانه يستحب ذلك لحديث ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأهما في صلاة الفجر فكيف يكون مكروها وقلنا ان ذلك هجر الباقي وايهام التفضيل بلا دليل وذلك مكروه لقوله تعالى وقال الرسول يا رب ان قومي اتخذوا هذا القرآن مهجورا شكى الرسول صلى الله عليه وسلم قومه وهو شكاية الى ربه باتخاذهم القرآن مهجورا وهو يوجب الحرمة لولا رواية الجواز بغيرها فيجب ان يكون مكروها لا يقال ليس في ذلك هجر وانما هو تفضيل بدليل وهو ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه لان ذلك معارض بما روى جابر بن سمرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الفجر والقرآن وبما روي انه اقام صلى الله عليه وسلم بتبوك اربعين ليلة وكان يقرأ في الفجر الفاتحة واذا زلزلت فعلم انه صلى الله عليه وسلم ما واظب على ذلك نفيا لاستحباب المواظبة لمخالفته له صلى الله عليه وسلم وحمل الصلاة به على غير المستحب ولا كراهة اعظم من ذلك نعم لو فعل ذلك احيانا كما فعله صلى الله عليه وسلم قلنا باستحبابه لتبركه بقراءة النبي صلى الله عليه وسلم ولا يقرأ المؤتم خلف الامام سواء كان في الصلاة الجهرية او غيرها خلافا للشافعي رحمه الله في الفاتحة فانه يقول يجب عليه قراءتها في صلاة السر وفي الركعات التي لا يجهر فيها وكذا فيما يجهر فيها في الصحيح من مذهبه قال اصحابه ويستحب للامام على هذا القول ان يسكت بعد الفاتحة قدر ما يقرأ المقتدي الفاتحة واستدل على ذلك بان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه كما في سائر الاركان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة حدث به ابو حنيفة رحمه الله في مسنده عن موسى بن عائشة عن عبد الله بن شداد عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهم لا يقال هذا الحديث معارض بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراءة فيسلم الاستدلال له بالقياس سالما لانا نقول بالموجب اي سلمنا ان لا صلاة الا بقراءة ولكن ليس الكلام فيه وانما الكلام في ان قراءة الامام قراءة له او لا والحديث لا يدل على نفي ولا اثبات وحديثنا يدل على ثبوته فعملنا به وهذا عن الالفا (?) ولم يذكر المصنف حديثهم في الاستدلال لعدم الفائدة في ذكره **وقوله** وعليه اجماع الصحابة قيل فيه نظر لان منهم من يقول بوجوب قراءة الفاتحة عملا بما روي عن عبادة بن الصامت واجيب بان المراد به اجماع اكثر الصحابة فانه روي عن ثمانين نفرا من كبار الصحابة منع المقتدي عن القراءة خلف الامام وقال الشعبي ادركت سبعين بدريا كلهم يمنعون المقتدي عن القراءة خلف الامام وليس بشيء لان هذا المقدار ليس اكثر الصحابة وايضا المذهب عندنا ان خلاف الواحد كخلاف الاكثر وقيل المراد به اجماع مجتهدي الصحابة وكبارهم وقد روي عن عبد الله بن زيد بن اسلم عن ابيه قال كان عشرة من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ينهون عن القراءة

خلف الامام اشد النهي ابو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن ابي طالب وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابي وقاص وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم ويجوز ان يكون رجوع المخالف ثابتا فيتم الاجماع ويجوز ان يقال المانعون هم العشرة المذكورة فلم يثبت رد احد عليه عند توفر الصحابة كان اجماعا سكوتيا **وقوله** وهو ركن مشترك جواب عن قوله القراءة ركن ونحن سلمنا انها ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي منهما الاستماع والانصات لقوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وانصتوا لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأوا خلفه فخلطوا عليه القراءة فنزلت ولما روى ابو هريرة رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال انما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا واذا قرأ فانصتوا الحديث **وقوله** ويستحسن قراءة الفاتحة على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد لما روي من حديث عبادة ابن الصامت ويكره عندهما لما فيه من الوعيد وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال من قرأ خلف الامام ففي فيه جمرة وكذا في الخبر الثابت (?) وقيل المراد به ما روي من حديث عبادة بن الصامت ويكره عندهما لما فيه عن سعد بن ابي وقاص انه قال من قرأ خلف الامام فسدت صلاته وما روي ان عمر بن الخطاب قال ليت في فم الذي يقرأ خلف الامام حجرا او غير ذلك ولا منافاة في ذلك لجواز ان يكون الكل مرادا **وقوله** ويستمع وينصت وان قرأ الامام آية الترغيب اي الى الجنة والترهيب اي من النار ودليلهما المذكور في الكتاب ظاهر وهل يسأل ويتعوذ الامام والمنفرد والاولى ان يكره ههنا فاما الامام فلا يفعل ذلك لا في الفرض ولا في النفل لانه لم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الائمة بعده ولانه يؤدي الى تطويل الصلاة على القوم وهو مكروه وكذلك للمنفرد اذا كان في الفرض لانه غير منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الائمة بعده واما اذا كان في التطوع فهو حسن لحديث حذيفة رضي الله عنه قال صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الليل فما مر بآية فيها ذكر الجنة الا وقف وسأل الله الجنة وما مر بآية فيها ذكر النار الا وقف وتعوذ بالله من النار وكذلك اذا كان الخطيب في الخطبة يستمع القوم وينصتوا لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لصاحبه والامام يخطب انصت فقد لغا ومن لغا فلا صلاة له وكذلك ان صلى على النبي صلى الله عليه وسلم يستمعون وينصتون سأل ابو يوسف ابا حنيفة اذا ذكر الامام هل يذكرون ويصلون على النبي صلى الله عليه وسلم قال احب الي ان يستمعوا وينصتوا ولم يقل لا يذكرون ولا يصلون على النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان الاستماع والانصات احب لان ذكر الله والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ليس بفرض واستماع الخطبة فرض فلا يجوز ترك الفرض لاقامة ما ليس بفرض **وقوله** الا ان يقرأ الخطيب شيئا استثناء من قوله وكذلك ان صلى يعني اذا قرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين امنوا صلوا عليه وسلموا تسليما يصلي السامع في نفسه لان الخطيب حكى عن الله تعالى انه يصلي وعن الملائكة انهم يصلون وحكى امر الله بذلك وهو قد اشتغل بذلك فكان على القوم ان يشتغلوا بالصلاة تحقيقا لما طلب منهم وقد روي هذا عن ابي يوسف رحمه الله وهذا اذا كان قريبا من المنبر واما اذا كان نائيا عنه بحيث لا يسمع الخطبة فقد اختلفوا في ان قراءة القرآن اولى ام الانصات روي عن محمد بن سلمة انه قال الانصات اولى وهو اختيار الكرخي وقد اختاره المصنف لان المأمور به عند قراءة القرآن شيئان الاستماع والانصات فاذا تعذر احدهما عمل في الثاني الا بحسب الامكان وقال بعضهم قراءة القرآن اولى وهو اختيار العصامي (?) لان الامر بالانصات انما كان لاجل الاستماع والتدبر وحيث فات ذلك فقراءة القرآن احراز الثواب

باب الامامة

لما فرغ من ذكر افعال الامام من بيان وجوب الجهر والمخافتة ومن تقدير القراءة وما هو سنة قراءة الامام وذكر

افعال المقتدي من وجوب الاستماع والانصات اتبعه ذكر صفة شرعية الامامة فانها على اي صفة هي من الفرائض
فذكر من يصلح لها وما يلزمها من خواص الامامة قال الجماعة سنة مؤكدة اي قوية تشبه الواجب في القوة حتى استدل
بمعاهدتها على وجود الايمان بخلاف سائر المشروعات وهي التي تسميها الفقهاء سنة الهدى اي اخذها هدى وتركها ضلالة
واشار الى ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق وليس المراد بالمنافق المنافق
المصطلح وهو الذي يبطن الكفر ويظهر الايمان والا لكانت الجماعة فريضة لان المنافق كافر ولا يثبت الكفر بترك ا
غير الفريضة وكان اخر الكلام منافقا لاوله فيكون المراد به العاصي والجماعة من خصائص الدين فانها لم تكن
مشروعة في دين من الاديان ويحتمل لقول من يجعلها فرض عين كاحمد وبعض اصحاب الشافعي والكرخي والطحاوي
لانهم يستدلون بآية ما وقوله تعالى واركعوا مع الراكعين او غير واحد وذلك لا يفيد الفرضية **قوله** واولى الناس
بالامامة اعلمهم بالسنة اي بالفقه والشريعة اذا كان يحسن من القراءة ما تجوز به الصلاة وعن ابي يوسف ان اولاهم بها
اقرأهم لكتاب الله تعالى العالم بالقراءة وكيفية اداء حروفها وذوقها لان القراءة ركن في الصلاة لا بد منها والحاجة
بالعلم انما يكون اي ثابت نائبة اي اذا عرض عارض مفسد لكنه اصلاح صلاته وقد يعرض وقد لا يعرض ونحن نقول القراءة
مفتقر اليها لركن واحد والعلم يحتاج اليه لسائر الاركان والخطأ المفسد للصلاة لا يعرفه الا بالعلم والمصلي لها كذلك
فان تساووا يعني في العلم بالسنة فاقرأهم لقوله صلى الله عليه وسلم يؤم القوم اقرأهم لكتاب الله فان كانوا سواء
فاعلمهم بالسنة ووجه الاستدلال الظاهر وللخصم بوجهين احدهما ان قوله صلى الله عليه وسلم يؤم القوم بمعنى الامر
والامر للوجوب فيكون الترتيب الواقع في الحديث واجب الرعاية سيما كان المراد بما وقع في ظاهره من
تقديم الاقرأ وما وقع في الكتاب من تقديم الاعلم بالسنة وليس كذلك فان الترتيب المذكور للافضلية دون
الجواز والثاني ان الاستدلال به على خلاف المدعى فان المدعى تقديم الاعلم بالسنة والحديث يدل على تقديم الاقرأ
لكتاب الله **واجيب** عن الاول بانه ليس بمعنى الامر بل هو صيغة اخبار لبيان الشريعة وهو حقيقة لا ينقاد
الى المجاز مع امكان العمل بها سلمناه ولكنه الاستحباب بالاجماع وعن الثاني بان اقرأهم كان اعلمهم لانهم كانوا
يتلقونه باحكامه على ما روي عن عمر رضي الله عنه انه حفظ سورة البقرة في اثني عشرة سنة فقدم في الحديث
ولا كذلك في زماننا لانا نتعلم القرآن ثم نتعلم الفقه اولا بمعنى الحديث الى يؤم القوم اعلمهم فان تساووا فاعلمهم بالسنة
لان المراد باقرأهم اي اعلمهم باحكام كتاب الله تعالى دون السنة **قوله** اعلمهم بالسنة اي اعلمهم باحكام كتاب الله تعالى
والسنة لانه كان اكثر قراءة بان تساووا اي فان تساووا في العلم باحكام كتاب الله تعالى فاعلمهم بالسنة نعلم ان قوله اعلمهم
بالسنة هو اعلمهم بكتاب الله والسنة فكان الاعلم الثاني غير الاعلم الاول **وقوله** فان تساووا فاورعهم
ليس في لفظ الحديث في ترتيب الامامة انما في الحديث بعد ذكر الاعلم ذكرا قدمهم هجرة لكن اصحابنا جعلوا مكان
الهجرة الورع الصلاح لان الهجرة كانت منقطعة في زمانهم فجعلوا الهجرة عن المعاصي مكان تلك الهجرة والورع
الاجتناب عن الشبهات والتقوى هو الاجتناب عن المحرمات فان تساووا فاسنهم ظاهر لم يذكره تساووا في
السن وذكر غيره احسنهم خلقا ثم احسنهم ثم اصبحهم وجها وجملة القول ان المستحب في التقديم ان يكون افضل
القوم قراءة وعلما وصلاحا ونسبا وخلقا وخلقا اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فانه كان هو الامام في
حياته لسبقه سائر البشر في هذه الاوصاف ثم الاكمل فالاكمل فالافضل **قال** ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ
لتعلم احكام الصلاة فيكره الصلاة خلفه وقال الشافعي لا بأس بالصلاة خلفه اذا استوى في القراءة والعلم والورع لقوله
صلى الله عليه وسلم اسمعوا واطيعوا ولو امر عليكم عبد حبشي اجدع والجواب ان تقديمه يؤدي الى تقليل الجماعة
لان الناس يستنكفون عن متابعته وما يؤدي اليه مكروه والمراد بالحديث الامارة ويكره تقديم الاعرابي
لغلبة الجهل فيهم والفاسق لانه لا يهتم بامر دينه وقال مالك لا تجوز الصلاة خلفه لانه لما ظهر منه الخيانة في
الامور الدينية لا يؤتمن في اهم الامور وكلنا ان عبد الله بن عمر وانس بن مالك وغيرهما من الصحابة والتابعين صلوا

خلف الحجاج وكان افسق اهل زمانه والاعمى لما ذكر في الكتاب وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه اي يؤدبه ويعلمه
فان تقدموا وصلوا جازت الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم صلوا خلف كل بر وفاجر فتجوز الصلاة خلفه
على كل حال ولا يطول الامام بهم الصلاة اي بالقوم الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم من ام قوما الحديث وحديث معاذ
حين شكى قومه تطويله معروف وصح انه صلى الله عليه وسلم قرأ بالمعوذتين في صلاة الفجر يوما فلما فرغ قالوا اوجزت
قال صلى الله عليه وسلم سمعت بكاء صبي فخشيت على امه ان تفتتن وذلك اوضح دليل على ان الامام ينبغي له ان
يراعي حال قومه ويكره للنساء ان يصلين جماعة لانهن في ذلك لا يخلو عن ارتكاب محرم اي مكروه لان امامهن
ان تقدمت على القوم او تقف وسطهن وفي الاول زيادة الكشف وهي مكروهة وفي الثاني ترك الامام مقامه
وهو مكروه والجماعة سنة وترك ما هو سنة اولى من ارتكاب مكروه وصار حالهن كحال العراة في
انهم اذا ادوا الصلاة بجماعة وقف الامام وسطهم لئلا يقع بصرهم على عورته فانه مكروه وترك السنة
لاجله وفي ان الافضل لكل من النساء والعراة ان يصلي وحده لان العراة يصلي كل منهم منفردا قاعدا يومئ
النساء **قوله** وان فعلن اي صلين بجماعة قامت الامام وسطهن لما ذكر في الكتاب من الاثر والمعقول فان قيل
تعارضت ههنا حرمتان زيادة الكشف في التقدم وترك مقام الامام بالتوسط فلم رجحت رعاية جانب
الكشف على جانب ترك المقام اجيب بان الاحتراز عن الكشف فرض والاحتراز عن ترك مقام الامام سنة والفرض
مرجح لا محالة **وقوله** وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام جواب عما يقال اذا كانت امامتهن مكروهة
فكيف فعلت عائشة رضي الله عنها وجهه انها فعلت ذلك في ابتداء الاسلام وكانت جائزة سنة تقف الامام
وسطهن فنسخت سنيتها دون الجواز فانهن لو صلين جماعة جازت بالاجماع تقدمت الامام او توسطت
لاستجماع شرائط الجواز ولكن الافضل التوسط لرجحان جانب الستر كما ذكرنا وههنا بحث من اوجه
الاول ان النبي صلى الله عليه وسلم اقام بمكة ثلاث عشرة سنة ثم تزوج عائشة رضي الله عنها بالمدينة
فكيف يصح قوله حمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام والثاني ان المذهب عندنا ان انتفاء صفة الوجوب يستلزم
انتفاء صفة الجواز كما عرف ولا فرق بين الوجوب والسنية في ذلك الوجه فالموجب فيهما كونه
فيه وهو واضح للمراد ولنبني على آخره قد قررنا طريق ذلك في التقرير فاذا نسخت السنية نسخ الجواز فالسند
بالمنسوخ غير صحيح والثالث ان امامتهن في صلاة الجنازة غير مكروهة وارتكاب احد المحرمين فيها موجود
والرابع ان التعليل بزيادة الكشف غير جائز لبقاء الحكم بدونها فان المرأة لو لبست ثوبا حتى لا يرى شيء من بدنها الى
القدمين وامت النساء ولا رجال معهن فانه لا تكشف هناك اصلا فضلا عن الزيادة وتقدمها مكروه
وبقاء الحكم بدون العلة غير صحيح والجواب عن الاول انه يجوز ان يكون المراد بابتداء الاسلام ما قبل زمان
الانتساخ فانه ابتداء بالنسبة الى ما بعده وعن الثاني بان الجواز الباقي جواز في ضمن الكراهة والذي كان في ضمن السنة
نسخ معها والاستدلال بفعلها لبيان انها كانت سنة ونسخت وانما جوزت في زماننا بمقتضى الجواز الذي كان
مع استجماع شرائطه وانتفاء موانعه مع ما يوجب كراهته من ارتكاب المحرم وعن الثالث بان ترك الجماعة
انما كان لعدم اجتماع السنة مع الكراهة وفي صلاة الجنازة اجتمع الفرض مع الكراهة
لعدم اجتماع السنة مع الكراهة فتركت السنة لاجل الكراهة وفي صلاة الجنازة اجتمع الفرض مع الكراهة
فقد ابتلين بترك الفرض تحرزا عن ارتكاب المكروه او اقامته مع ارتكابه فاقامته مع ارتكابه اولى وانما قلنا
ذلك لانهن ان صلين جماعة وقامت الامام وسطهن اقمن فرضا لكون الصلاة فرضا على الكفاية لكن مكروها
وان صلين فرادى تركن المكروه لكن على وجه يؤدي الى فوات الصلاة عن بعضهن لان الفرض يسقط باداء
الواحدة وقد يتفق فراغ واحدة قبل الباقيات فتكون الصلاة بالباقيات نفلا والتنفل بصلاة الجنازة
غير مشروع وعن الرابع بان ذلك نادر لا حكم له على ان ترك التقدم ثابت بالسنة والتعليل لا يعتاج اليه **قال**
ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه اذا صلى الامام مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رضي الله عنهما

وهو ما قال بت عند خالتي ميمونة رضي الله عنها لارقب صلوة النبي صلى الله عليه وسلم بالليل فلما نامت العيون وغارت
النجوم وبقي الحي القيوم ثم قرأ آخر سورة آل عمران ان في خلق السموات والارض واختلاف الليل والنهار لآيات الى آخرها ثم
قام الى شن معلق فتوضأ وافتتح فجئت وتوضأت ووقفت على يساره فاخذني باذني وادارني من خلفه حتى اقامني
عن يمينه فعدت الى مكاني فاعادني ثانيا وثالثا فلما فرغ قال ما منعك يا غلام ان تثبت في الموضع الذي اوقفتك
فقلت انت يا رسول الله ولا ينبغي لاحد ان يساويك في الموقف فقال صلى الله عليه وسلم اللهم فقهه في الدين وعلمه
التأويل فاعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الجانب الايمن دليل على انه هو المختار اذا كان مع الامام رجل
واحد فان قيل ان الجماعة في صلاة النفل بدعة وصلاة الليل كانت نافلة **واجيب** بانه التهجد كان فرضا
على النبي صلى الله عليه وسلم فكان اقتدا المتنفل بالمفترض ولا بأس للمقتدي الواحد عن الامام في ظاهر الرواية
وعن محمد انه يضع اصابعه عند عقب الامام ولا معتبر بطول المقتدي حيث يقع سجوده قبل الامام بل العبرة
للموقف **قوله** لانه خالف السنة يعني ما ذكرنا من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ولم يفصل بين ما اذا وقف خلف
الامام او عن يساره وهو اختيار بعض المشايخ ومنهم من فرق وقال لا يكون مسيئا اذا كان خلف الامام لان
ابن عباس رضي الله عنهما فعل ذلك فقد دعا له النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكرنا انه الخلاف ما اذا كان عن يساره
فان حذيفة رضي الله عنه فعل ذلك ورد عليه النبي صلى الله عليه وسلم **قوله** فعل ذلك عبد الله بن مسعود رضي
بعلقمة والاسود حين قام وسطهما وقلنا انه صلى الله عليه وسلم تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما عن انس بن
مالك رضي الله عنه ان جدته مليكة دعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وصففت انا واليتيم وراءه والعجوز
من ورائنا فصلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم انصرف فهذا اي تقدم النبي صلى الله عليه وسلم دليل
الافضلية والاثر دليل الاباحة ولم يعكس ليكون من باب تعليم الجواز والاباحة كما هو زعم ابي يوسف رحمه الله
حملا لفعل النبي صلى الله عليه وسلم على الافضلية وقال ابراهيم النخعي مما روي عن ابن مسعود كان لضيق فاذا
لا يكون حجة وقيل اليتيم اخو انس لامه اسمه عمير وقيل ضميرة والتيم علم غالب له كالنجوم للثريا وفي وجه
الاستدلال به تامل حيث اخرجن الله ما قال الانتوني في الاسرار حيث عبر به عن المكان ولا مكان يجب تأخير
فيه الاتيان الصلاة وقيل الجواز يكون للتعليل يعني كما اخرهن الله في الشهادة والارث والسلطنة وسائر
الولايات **وقوله** واما الصبي فلانه متنفل واضح لانه غير مكلف **وقوله** فلا يجوز اقتداء المفترض به سيجي بيانه
وقوله وفي التراويح الى آخره ... لانهم ما سووا هذه المسألة بمسألة المظنون بعلة ان النفل في حق الصبي غير مضمون فصار كنفل
البالغ اذا كان غير مضمون وهي مسألة المظنون لانهما سواء في هذا الوصف ولم يجوزه مشايخنا يعني مشايخ ما وراء
النهر بخاري وسمرقند ومنهم اي من المشايخ من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
فقال ابو يوسف يجوز اقتداء البالغ بالصبي في النفل المطلق ايضا ومحمد يجوزه والمختار انه لا يجوز في الصلوات
كلها وهذا اختيار منه لمذهب مشايخ ما وراء النهر لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد
بالاجماع **وقوله** بخلاف المظنون جواب عن قياس مشايخ بلخ على المظنون وتقريره قياس اقتداء البالغ بالصبي
على الاقتداء بالظان فاسد لان المظنون مجتهد فيه لان عند زفر القضاء واجب على الظان وكل مجتهد فيه يحتمل
صحته على البدل فالمظنون يحتمل وجوب القضاء بالنظر الى الاجتهاد وفي المانع عن القول بوجوبه مطلقا
انما هو العارض ...... الامام ...... بعد ما لم يكن فاعتبر عدمه وجعل كونه
المظنون واجب القضاء مطلقا فكان اقتداء ضامن بضامن بخلاف الصبي فان عدم القضاء عليه بالاجماع فيحمل
كونه مضمونا والصبا ايضا عارض ممتد لا يمكن اعتبار عدمه فكان اقتداء ضامن بغير ضامن وهو بناء القوي على
الضعيف بخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلاة متحدة لحكم القضاء على كل واحد منهما فكان بناء الضعيف
على الضعيف **قال** ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء هذا بيان ترتيب القيام خلف الامام وليليني امر منكم اولوا

وهو التريب والاحلام جمع الحلم بالضم وهو ما يراه النائم وغلب استعماله فيما يراه النائم من دلالة البلوغ والمراد ليليني البالغون
منكم والنهى جمع نهية وهي العقل **فان قيل** هذا الحديث يدل على تقديم الرجال على الصبيان واما تقديم الصبيان على
النساء فلا دلالة عليه **اجيب** بان الصبيان تابعة للرجال لاحتمال الرجولية فيهم يجوزان يقال بتقديمهم عليهن بثبوت
بفعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه اقام العجوز وراء اليتيم ولكن لم يذكره في الكتاب **وقوله** ولان المحاذاة دليل يعني
بمسئلة المحاذاة **قوله** وان حاذته امرأة اعلم ان المحاذاة المفسدة وهي ان تحاذي قدم المرأة عضوا من الرجل
في الصلاة وشرائطها ان تكون المرأة مشتهاة حالا او ماضيا منوية امامتها وان تكون الصلاة مطلقة مشتركة
تحريمة واداء وان لا يكون بينهما حائل وذكر المرأة مطلقة ليتناول المحارم والحليلة والاجنبية وذكر السن
الصغيرة المشتهاة واختلف في حد الشهوة فقدره بعضهم بتسع سنين وبعضهم بسبع سنين والاصح انه لا معتبر بالسن
فان كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة والا فلا وذكر الماضي ليتناول العجوز التي يتنفر عنها الرجال لانها كانت
مشتهاة وشرط نية امامتها لانه اقتداؤها لا يصح بدونها فلا يفسد صلاة الرجل وذكر وصف الصلاة بكونها مطلقة
لاحتراز عن صلاة الجنازة فان المحاذاة لا تفسدها لانها ليست بصلاة على الحقيقة وانما هي دعاء للميت وانما لا
يصح اقتداء الرجل بالمرأة فيها لشبهها بالصلاة المطلقة في اشتمالها على التحريم والتحليل وشرط الاشتراك وهو
يتحقق بالقائمين المؤتمين باقتداء المتطوع بالمتطوع بالمفترض وان يكون الاشتراك تحريمة واداء حتى لا تكون المحاذاة
في اداء ما سبق مفسدا لان المسبوقين اذا ما سبق منفردين بدليل وجوب القراءة ووجوب السجود عليه بالسهو
انكشاف اللاحق لانه يؤدي مع الامام تقديرا **فان قيل** اذا اقتدت ناوية العصر برجل يصلي الظهر يصح
اقتداؤها فرضا وانما يصح نفلا فتوجد الشروط ولم تفسد الصلاة **اجيب** المنع وشرط عدم الحائل
لانه اذا كان بينهما حائل لا تحل موخرة الرجل لا تفسد وقد ظهر من هذا انه اذا فات شرط من شرائطها
لا تفسد لما قال الرهاء عرفت مفسدة بالنص وهو ما روى انس ان جدته مليكة صنعت الى آخر ما روينا بخلاف
القياس فراعي جميع ما ورد به الشرع واما اذا وجدت هذه الشروط كلها فانها تفسد عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله وهو القياس اعتبارا بصلاتها فانها لا تفسد ووجهه ظاهر لان المحاذاة لو اوجب فساد صلاة
الرجل لان المحاذاة فعل يتحقق من الجانبين ووجه الاستحسان وهو الذي ذهب اليه علماؤنا رحمهم الله ان
هو ترك فرض المقام ومن ترك فرض المقام فسدت صلاته اما انه ترك فرض المقام فلان تأخير المرأة فرض
على الرجل في صلاة يشتركان فيها لما روى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال اخروهن من حيث اخرهن الله امر الرجال بالتأخير في المكان ولا مكان يجب تأخيرهن فيه غير الصلاة فتعين
التأخير فيها **فان قيل** هذا خبر واحد لا يثبت به الفرضية **اجيب** بانه من المشاهير ولان التأخير في الصلاة
المشتركة فرض بدلالة الاجماع لانا اجمعنا على عدم صحة اقتداء الرجل بالمرأة مع امكان فرضيتها وهي اما ان يكون
لنقصان في حالها ذكورا كالصبي او لعدم صلاحيتها كالامي وللنواب تحرز عن شرط الصلاة يعني ترك ولبس النقصان
لا معتبر مانع لصحة الاقتداء لان الاقتداء جواز امامة العبد والفاسق والاعمى مع نقصان حالهم بل انما يمنع اذا لزم
من ذلك تحطيط كامامة الصبي فانها يستلزم بناء القوي على الضعيف ولا لعدم الصلاحية لجواز امامتها للنساء
متمكنة ومتوسطة وانتفاء شرط من الشروط لان الفرض عنهم فلم يكن ذلك الا باعتبار ترك فرض المقام الثابت
بقوله صلى الله عليه وسلم اخروهن الحديث فلما اجمعنا من لا انعدام التأخير تثبت الفساد في التنازع فيه ايضا لان
التأخير واما ان من ترك فرض المقام فسدت صلاته كالمقتدي اذا تقدم على امامه **وقوله** وهو المخاطب به جواب
عن وجه القياس وتقريره لا يلزم من عدم فساد صلاتها عدم فساد صلاته لانه هو المخاطب به بقوله اخروهن دونها
فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها كالمأموم اذا تقدم مع الامام واعترض بانه اذا كان هو مأمور
بالتأخير كانت مأمورة بالتأخر ايضا **واجيب** بالمنع لانه يمكن تأخير الرجل بان يتقدم عليها بخطوة او خطوتين فلا

ثم اخرجنا شكلنا كذلك لكنه ضعيف فلا يساوي القصدي **قوله** وان لم ينو امامتها بيانه لما يأتيه **قوله** المؤتم اي لم تفتقر
المحاذاة المصلي **قوله** لان الاشتراك لا يثبت دونها اي دون النية عند نا خلافا لزفر فان عنده نية امامتها ليست بشرط
لفساد صلاة الرجل بعدما دخلت في صلاته لان الرجل صالح لامامة الرجال والنساء فاقتدا الرجل به صحيح بلا نية امامته
فكذلك اقتدا المرأة **قوله** الا ترى توضيح لقوله لان الاشتراك لا يثبت دونها وتقريره ان الامام يلزمه الترتيب في المقام
بالنص وكل من يلزمه شيء يتوقف على التزامه كالاقتدا لما لم يلزم فساد صلاة المقتدي لما كان من جانبه لا اما يحتملا
لم يصح الاقتدا الا بالتزام اما بالتزم بالنية فكان الاقتدا لا يصح بدون النية فكذلك العذر اللازم للامام ضرر لمرضية
وهذا واضح جدا وفيه بحث من وجهين احدهما ان الحكم هنا موقوف على اشتراط ثبوت الاشتراك وثبوته ممنوع لان
الشرع فصل بين ان يكون المحاذاة في صلاة مشتركة اوغيرها والثاني انه منقوض على قول ابي حنيفة رضي الله
عنه باقتدا القاري بالامي فان صلاة الامي تفسد بسبب اقتداء القاري به ومع ذلك لا يشترط للامي نية امامة
القاري والجواب عن الاول انه تشكيك في المسلمات فان كل من يقول بفساد المحاذاة يشترط الاشتراك وانما الخلاف
بيننا وبينه في انه يقول الاشتراك يتحقق بدخولها في صلاة تم نوى امامتها الكل بنوعه ونحن نقول لا يثبت بالاشتراك دونها
كما ذكرنا آنفا والتشكيك في المسلمات غير مسموع على ان النص يدل على ترتيب المقام والمقام وترتيبه انما يتصور في
صلاة اديت بجماعة لان الامام يتقدم على المأموم بالرتبة والصلاة بالجماعة تستلزم الاشتراك وعن الثاني بانه
على قول الكرخي ممنوع لانه لا يصح عنه بدون النية ولئن سلمنا فنقول كلامنا في فساد يحصل بسبب الاقتدا
كالذي في امر المحاذاة فان صلاة الامام انما تفسد بسببه وصورة النقض ليست كذلك لان القاري لو صلى
وحده والامي يمكنه الاقتدا به فسدت صلاته ايضا فلم يكن الفساد بسبب تمكنه حتى يدفع عن نفسه بترك
النية **قوله** وانما يشترط نية الامام لفساد الصلاة واما اذا وقعت خلفه فاما ان يكون بجنبها رجل اولا فان كان
فالصواب ان اقتداها لا يصح الا بالنية من جهة الامام لانه يلزم الفساد على من بجنبها وذلك يستدعي النية
ممن بجنبها على الاصل المذكور الا انه متوقف على نية من جهة امامه فيتحقق ما يلزم على الزام ايضا وان لم يكن بجنبها رجل
ففيه روايتان في رواية لا يصح اقتداها لاحتمال الفساد في الاول وهو ما اذا كانت محاذية لا مرني واقع وفي
الثاني وهو ما اذا كانت خلفه ولم يحاذها رجل لاحتمال الانتفاء لكنها ظاهر مع ذلك انه لا يشترط نية الامام
هذا في صلاة قوانها في صلاة لا يشتركان فيها فالتقدم عليه فيحاذاها اباه يورث الكراهة **قوله** ويكره لهن
حضور الجماعات كانت النساء يباح لهن الخروج الى الصلاة ثم لما صار سببا للوقوع في الفتنة منعن وحمل بعض التفسير
ان قوله تعالى ولقد علمنا المستقدمين منكم ولقد علمنا المستاخرين نزلت في شان النسوة حيث كان المتأخرون يتأخرون
لا لاطلاع على عوراتهن ولقد نهى عمر رضي الله عنه النساء عن الخروج الى المساجد فشكون الى عائشة رضي الله عنها فقالت
لو علم النبي صلى الله عليه وسلم ما علم عمر ما اذن لكن في الخروج فاحتج به علماؤنا رحمهم الله ومنعوا الشواب عن الخروج
مطلق واما العجائز فهي جميعها جوزوا العامة تبكلمه بعيره فمنعها ابو حنيفة رحمه الله عن الخروج في الظهر والعصر دون
الفجر والمغرب والعشاء وجاز في الصلوات كلها لانتفاء الفتنة بقلة الرغبة في العجائز كما اجرا لهن ذلك في العيد
بالاتفاق انما الصلاة كما روي الحسن عن ابي حنيفة تخرجهن لتكثير السواد نعين في ناحية ولا يصلين لانه
صح انه صلى الله عليه وسلم امر الحيض بذلك وليست من اهل الصلاة وله ان فرط الشبق حامل على الوقاع فتقع الفتنة
والنوط بسكون الراي الجاورة للحد الشبق محتمل شدة شهوة الطلب عبارة الفساق انتشارهم في الظهر والعصر
والجمعة اما في الفجر والعشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون وجعل المصنف رحمه الله الجمعة من
قبيل صلاة الظهر وهو المذكور في المبسوط والمحيط حتى لا يباح لهن الخروج اليها وشيخ الاسلام جعلها من قبيل
صلاة العيدين حتى يباح لهن الخروج والمغرب جعله المصنف من قبيل العشاء وهو المذكور ايضا فيهما وجعله
شيخ الاسلام من قبيل الظهر **قوله** والجبانة متسعة جواب عن قياسهما على صلاة العيد والفتوى اليوم على

كراهة

كراهة حضورهن في الصلوات كلها لظهور الفساد **قال** ولا يصلي الطاهر الخ الاصل في جنس هذه المسائل
قوله صلى الله عليه وسلم الامام ضامن بمعنى تضمن صلاته صلاة المقتدي لانا نعلم بيقين ان معناه ليس الضمان
في الذمة فان صلاة المقتدي ليست في ذمة الامام فيكون معناه صلاة الامام يتضمن صلاة المقتدي صحة وفسادا
المقتدي اذا كان اقوى حالا من الامام فوق صلاته والشيء انما يتضمن ما هو دونه او مثله لا ما هو فوقه وعلى
هذا لا يجوز اقتداء الطاهر بمن هو في معنى المستحاضة وهو من به سلس البول وانطلاق البطن وانفلات الريح والرعاف
الدائم والجرح الذي لا يرقأ ولا الطاهرات خلف المستحاضة لنقصان حال الامام عن حال المقتدي ولا المكتسي
بالعاري ولا الامي بالاخرس لقوة حالهما اذ المراد بقوة الحال الاشتمال على ما لم يشتمل عليه صلاة الامام مما
يتوقف الصلاة عليه والامي يقدر على الافتتاح دون الاخرس واختلفوا في جواز اقتداء المتوضئ بالمتيمم فجوزه
ابو حنيفة وابو يوسف رضي الله عنهما ومنعه محمد رضي الله عنه قال لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء طهارة
اصلية ولا شك ان حال من اشتمل على الطهارة الاصلية اقوى من حال من اشتمل على الطهارة الضرورية ولهما
انه طهارة مطلقة اي غير موقتة بوقت كطهارة المستحاضة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة فكان للمتيمم كالمتوضئ
واعلم ان التيمم طهارة ضرورية باتفاق علمائنا لانه في الحقيقة تلويث لا يصار اليه الا عند العجز عن استعمال الماء
ومطلقة باتفاقهم لانه ليس موقتا بوقت ويثبت به ما يثبت بالطهارة بالماء من استباحة الصلاة وسجدة
التلاوة ومس المصحف وانما الخلاف في التعليل بكل منهما في انه يصلح ان يكون علة فيه فاختار ابو حنيفة وابو يوسف
رحمهما الله جهة الاطلاق في حق الصلاة لان الشارع اعطى حكم الطهارة المطلقة وافتى في الجميع بقوله تعالى
ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج ولكن يريد ليطهركم من غير فصل وتوقيت حتى لا تنفي جواز الاداء في حالة
لاطلاقه وفرارا الى نوع من الحرج واختار محمد جهة الضرورة في حق انقطاع الرجعة اذا انقطع دمها في الحيضة الثالثة
فيما دون العشرة وقالا لا ينقطع الرجعة بمجرد التيمم من غير ان يصلي لان الشرع لم يحكم بكونه طهارة في باب الرجعة
فكان المقصود من طهارته اداء الصلاة فما لم يترتب عليه ما هو المقصود منه لم يكن طهارة بالنسبة الى غيره واما
محمد رحمه الله فقد عمل في كل واحد من البابين بالاحتياط والاحتياط في باب الصلاة القول بعدم جواز اقتداء المتو
ضئ بالمتيمم لانه لما عمل به ذلك لا يكون له ضرر ان يقتدي بالمتوضئ او يصلي منفردا حتى تكون صلاته بالوضوء فيخرج
عن عهدة الصلاة على الوجه الاكمل وفي باب الرجعة القول بالانقطاع لانه لو انقطعت الرجعة لم يكن له ان
يراجعها ولا يحل له وطؤها وانقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط اجماعا الا ترى انها اذا اغتسلت وبقي
لمعة انقطعت الرجعة عنها احتياطا واذا تصور التيمم على هذا الوجه اندفع ما يرى انه لكل واحد من العلماء
ترك اصله وناقض كلامه **قال** ويصلي الماسح خلف الغاسلين لانه غسل قدميه فلبس الخف والخف مانع سراية الحدث الى القدم
فهو باق على كونه غاسلا **فان قيل** لا نسلم انه باق على كونه غاسلا لان الخف قائم مقام بشرة القدم والحدث
فحله **اجاب** بقوله وما حل بالخف يزيله المسح فكان المسح على الخف كغسل الرجل **وقوله** ويصلي القائم
خلف القاعد ظاهر **وقوله** الله صلى الله عليه وسلم صلى آخر صلاته قاعدا والقوم خلفه قيام وهو ما روي
انه صلى الله عليه وسلم لما ضعف في مرضه الذي قبض فيه قال مروا ابا بكر يصلي بالناس فقالت عائشة لحفصة
رضي الله عنهما قولي له ان ابا بكر رجل اسيف اذا وقف في مكانك لا يملك نفسه فلو امرت غيره فقالت له ذلك فقال
صلى الله عليه وسلم انتن صواحبات يوسف مروا ابا بكر يصلي بالناس فافتتح ابو بكر رضي الله عنه الصلاة فوجد
رسول الله صلى الله عليه وسلم في نفسه خفة فخرج يهادى بين علي والعباس ورجلاه تخطان الارض حتى دخل
المسجد فسمع ابو بكر رضي الله عنه حس مجيء النبي صلى الله عليه وسلم فتأخر وتقدم النبي صلى الله عليه وسلم وجلس
يصلي وابو بكر يصلي بصلاته والناس يصلون بصلاة ابي بكر يعني ان ابا بكر كان يسمع تكبير النبي صلى الله عليه وسلم
فيكبر الناس بتكبيره ابي بكر وهذا آخر صلاته صلى الله عليه وسلم فكان ناسخا لما قبله **فان قيل** هذا الحديث

قوله لانا نعلم اقول فيه بحث اذ لا نم انه ليس معناه ذلك بل الكلام على التشبيه اي الامام كالضامن في كونه مطالبا بصلاتهم بالتزامه الامامة فتأمل
سعد افندي

ذكر في الخلاصة ان جواز اقتداء المتوضئ بالمتيمم في صلوة الجنازة بلا خلاف

اي لا يحتاج المتيمم الى التيمم الجديد لخروج الوقت كما يحتاج المستحاضة

حفصة بنت عمر بن الخطاب ٩٢

في المرة الثالثة

يعني ليت امرت غيره ولو يجعل الشيء بها ٩٢

اي يهادى فلان بين اثنين اذا كان يمشي بينهما معتمدا عليهما من ضعفه ٩٢

اي بيكا فيما من الضعف لا يقطعان الارض عليها ٩٢

اي هذا الحديث وهو قوله مروا ابا بكر

مضطرب فانه بعض الروايات تدل على ان الامام كان ابا بكر وبعضها على انه كان النبي صلى الله عليه وسلم فكيف يصح حديثا
به **أجيب** بان الامام الخطابي في شرح الصحيح رجح هذه الرواية التي اخذ بها ابو حنيفة وابو يوسف رضي الله
عنهما وهي رواية عبيد الله بن عتبة الفقيه وانها تؤيدها موافقة ابن عباس فانه قال دخلت على عبد الله بن عباس
رضي الله عنهما فقلت الا اعرض عليك ما حدثتني عائشة عن مرض النبي صلى الله عليه وسلم فقال هات فعرضت عليه
فما انكر منه شيئا **وقوله** ويصلي المومي خلف مثله **وقوله** لان القعود معتبر فيثبت به القوة ولا يدرك
صلاة المتطوع مستلقيا بالاجماع القدرة على القعود لا يجوزه **قال** ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي لان الركوع والسجود
سقط الى بدل والتاخير بالبدل كالمبادي بالاصل ولهذا قلنا ان المتيمم يؤم المتوضئين قلنا ان حال المقتدي اقوى
بناء على ما ذكرنا من الاصل ان اقتداء الاضعف بالاقوى يجوز دون العكس ولا يقال ان الايماء بدل عن الركوع لانه بعضه وبعض الشيء لا يكون بدلا عنه
فلما كان بعض الاصل انحاز الاقتداء كما لو كان مقتديا في بعض الصلاة دون البعض وذلك لا يجوز **قال** ولا يصلي
المفترض خلف المتنفل عن الاقتداء اقسام اقتداء المفترض بالمتنفل وعكسه واقتداء المفترض بالمفترض في فرض اخر
فاما الاول فلا يجوز لان الاقتداء بناء امر وجودي لا يوجد عبارة عن متابعة شخص لاخر في افعاله وهو مفهوم وجودي
لا يستلزمه وبناء الامر الوجودي على المعدوم غير متحقق ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فيما نحن فيه وكما
كان البناء كذلك لان الاقتداء شركة يقتضي في التحريمة وموافقة يقتضي في الافعال والاركان والموافقة الاصلية وهمي
حاله وفعلا وعي وان يكون معناه شركة في التحريمة على قول ابي حنيفة وموافقة في الافعال على قولهما وفيه نظر لان
الاشتراك يقتضي التساوي فيكون بين الدليل الاول والثاني تناف **والجواب** ان الاشتراك العام بالنسبة الى
الافعال لا يدل منافات بينهما وانما الشافعي رحمه الله جوز الاقتداء في الصورتين جميعا قال المصنف رحمه الله تعالى
لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة يعني ان كل واحد يصلي بنفسه الا انه يوافق الامام في الاركان والافعال
من حيث الوقت وفيه نظر لانه استدل بالموافقة على عدم جواز الاقتداء واستدل بها ايضا الشافعي رحمه الله
على جوازه وذلك تناقض والجواب ان المراد بالموافقة في دليلنا موافقة شرعية وفي دليله موافقة في
معنى التضمين **وقوله** وعندنا
فان قيل فقد روي ان معاذا كان يصلي العشاء مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم يرجع فيصليها بقومه في بني سلمة فكانت
صلاة قومه فرضا وصلاته نفلا **أجيب** بان ذلك لا يلزم لان معاذا جاز ان يكون ينوي مع النبي صلى الله عليه
وسلم نفلا ويصلي مع قومه الفرض ويتضح اقتداء المتنفل بالمفترض وهو القسم الثاني لان الحاجة في حقه الى
المتنفل الى اصل الصلاة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء وهذا يدل على ان مطلق النية كاف في صحة النفل
بناء على ما تقدم وكلامه ايضا الاقتداء عدد العكس وحاصله ان الشركة لا يتصور في صحة الاقتداء واما ما يتناول
فلا يجوز وان كان ممكنا بالبناء لان الامام ما كان الاقتداء بالمتنفل على ما مر والقسم الثالث
لو علم بذلك بطل الاقتداء به اجماعا وقال الشافعي يجب عليه الاعادة بناء على ما تقدم من ان الاقتداء عنده اداء
على سبيل الموافقة ولنا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى باصحابه ثم تذكر جنابة
فاعاد وكان الامام قد تطهر ثم فلكوا واعادوا **وعن علي** رضي الله عنه وروى انس بن مالك رضي
الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل في صلاته فكبر وكبرنا معه ثم اشار الى القوم ان امكثوا
كما انتم فلم نزل قياما حتى جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اغتسل وراسه يقطر ماء فصلى بهم فلو لم تكن صلاتهم متعلقة
لم يكلفهم استدامة القيام فدل على ان فساد صلاة الامام لا يمنع انعقاد صلاة المقتدي الذي يعلم **والجواب** بان الامر
بالمكث لا يدل على الانعقاد جوازا ان يكون ذلك منعا لهم عن التفرقة الا يرى ان محمد بن سيرين ذكر هذه القصة وذكر

ان النبي صلى الله عليه وسلم اومى اليهم ان اقعدوا ولو انعقدت صلاتهم لامرهم بذلك على انه يجوز ان يكون
ذلك قبل تعلق صلاة القوم بصلاة الامام على ان ذلك حكاية فعل لا يعارض القول **وقوله** ونحن
نعتبر معنى التضمن معناه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الامام ضامن ولا يخلو اما ان يكون ضامنا
لصلاتهم وجوبا او اداء صحة وفسادا والاول ولان غير مراد بالاجماع فتعين الاخر على معنى انه يحمل السهو
والقراءة عن المقتدي وتفسد صلاة المقتدي بفساد صلاة الامام **قوله** واذا صلى الامي الامي منسوب
الى الام اي هو كما ولدته امه والمراد به من لا يحسن ما ورد في الكتاب والحديث ولسان العرب من لا يحسن
الخط ولا يقرا شيئا ومن لا يحسن قراءة اية من التنزيل لم يخرج عن كونه اميا عند ابي حنيفة وثلاث ايات او
اية طويلة فيجوز اقتداء من يحفظ التنزيل به لان فرض القراءة يتم بما ذكرنا من المقدار وما ذكر في الكتاب
ظاهر **وقوله** وهذا اشارة الى ترك فرض القراءة **وقوله** لكون قراءته قراءة له تعليل لما روينا من
قوله صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة **وقوله** بخلاف تلك المسألة يريد بها الشبيهة
به من العاري اذا ام عراة ولابسين فان صلاة الكل تجوز به الاخرس اذا ام قوما قارئين وخرسا وصاحب الجرح والمومي
اذا ام من هو مثل حالهما ومن هو اعلى حالا منهما والمذكور في الكتاب احد طريقي ابي حنيفة رحمه الله والطريق
الاخر ما ذكره الكرخي ان افتتاح الكل قد صح لان اوان التكبير والامي قادر عليه كالقارئ فصحة الاقتداء ثم
الامي محتاج لفرض القراءة عن القارئ ثم جاء اوان القراءة وهو عاجز عن الوفاء بما التزم فتفسد صلاته وتفسد
صلاته بفساد صلاة القوم بخلاف سائر الاعذار فانها قائمة عند الافتتاح ولا يصح اقتداء من لا عذر به بمن به
العذر **وقوله** ولو كان يصلي الامي وحده ثابتة الكتاب عما بعد الاركان النظر الى القدرة على جعل الصلاة
بقراءة بالاقتداء بالقارئ يعني لما جاز صلاة الامي وحده والقارئ وحده لا بالاقتداء وان يجعل صلاته بقراءة فرضه
بالاقتداء بالقارئ ووجوه ما تقع بعضه ذلك لانه لم يظهر منهما الرغبة في الجماعة والشرع انما جعل قراءة الامام
للمقتدي اذا اقتدى بخلاف ما نحن فيه فان كلا منهما في الاقتداء **وقوله** هو الصحيح احترازا عما ذكره ابو خازم ان
قياس ابي حنيفة ان لا يجوز صلاتهم وهو قول مالك **وقوله** وكذا في الاخرس يعني اذا احدث كاسخلاف الامي
فسدت صلاتهم وقال زفر وهو رواية عن ابي يوسف في غير الاصول لا تفسد صلاته لان فرض القراءة قد تأدى
فكان استخلاف القارئ والامي سواء ولنا ان كل ركعة صلاة فلا تخلو عن القراءة بالدلائل الدالة على وجوبها اما
تحقيقا كما في الركعتين الاوليين واما تقديرا كما في الاخريين فان القراءة في الاوليين قراءة في الاخريين بالحديث
وليس شيء منها بموجود في حق الامي اما تحقيقا فظاهر واما تقديرا فلعدم الاهلية والشيء انما يقدر اذا امكن
تحقيقه **وقوله** وكذا على هذا لو قدمه اي الامي في التشهد يعني قبل ان يقعد مقدار التشهد تفسد صلاته
عندنا وزفر فسدت عندنا واما اذا قدمه بعدما قعد قدر التشهد فسدت صلاته عند ابي حنيفة خلافا لهما
رضي الله عنهما فظاهر فاما عنده فلوجود الخروج من الصلاة بصنعه وهو الاستخلاف كما لو قهقه او تكلم
لان هذا من فعله وهو مناف فانقطعت صلاته واما الاختلاف فيما ليس من فعله مثل طلوع الشمس
هو الصحيح والله اعلم

باب الحدث في الصلاة

لما ذكر احكام السلامة عن العوارض في الصلاة انفرادا وجماعة لانها هي الاصل ذكر في هذا الباب ما يعرض لها من
العوارض ويمنعه من المضي والاصل اولى بالتقديم ومن سبقه الحدث تواردا معه لا يجوز فنسبهما ادرى
وفسد البعض وروي ان الصلاة الواحدة لا يتجزى صحة وفسادا فان كان اماما استخلف بان يأخذ بثوبه ويجره
الى المحراب وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي رحمه الله لان الحدث ينافي الطهارة ومنافيه

اللازم منافي الملزوم والتي لا ينبغي مع البناء ولانه المشي والانحراف عن القبلة يفسدان الصلاة وكما يفسدها لا يبقى
معه كالحدث العمد فالصلاة لا تبقى مع المشي والانحراف **وله** فاشبه الحدث العمد عدمه في الدليلين ولنا قوله صلى
الله عليه وسلم من قاء او رعف او امذى في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم وقال صلى الله عليه وسلم
اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء وفي رجحه الاستدلال انه قال وليبن على
صلاته وذلك من صيغة الامر لا باحة فيكون البناء مباحا وهو المطلوب **فان قيل** الامر في قوله فليتوضأ للوجوب
فيكون قوله وليبن كذلك لم يعملوا به فالجواب ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وقد اجمع الخلفاء الراشدون
وكبار الصحابة كعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وانس بن مالك وسلمان الفارسي رضي الله عنهم على ما قلنا
وعمله من الاجماع بدرك العقل اذ لم يكن هذا ان نعرف ادلة ذلك وانما ذكر الحديث الثاني لان فيه بيان الاستخلاف
وقال من لم يسبق بشيء بيانا للافضل لانه انما قدر على اتمام الصلاة من المسبوق فعلمه يكون المختار **وقوله** والبلوى
فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به **قيل** هو جواب عن قياس الشافعي الحدث السابق على الحدث العمد وتقريره ان
قياس الحدث السابق على الحدث العمد فاسد لوجود الفارق لان السابق فيه البلوى يحصل له بغير اختياره فجاز ان يجعل
معذورا بخلاف العمد فلا يجوز الحاق السابق به كذا في الشروح وفيه نظر لانه قال والقياس يترك بالنص وذلك
اعتراف بصحة القياس الا انه تركه بالنص وفي الاشتغال بابطاله فساده بما قضي الظاهر ان مراده ترك الحاق الحدث
العمد بالحدث السابق فانه لما بين ان نقول السابق والعمد في كونهما منافيين للصلاة سواء فاذا بنى في السابق مما ذكرتم
من الدليل فليبن في العمد كذلك به فقال في السابق بلوى دون العمد والنص انما يلحق بغيره اذا كان في معناه ولحنيفة
افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وهو ظاهر واعلم ان البناء المذكور انما يصح في الاحداث الخارجة من بدنه الموجبة
للوضوء لا للغسل من غير قصد منه للحدث او لسببه ولا من غيره للكلام بعد ما بنا في الصلاة من تقية موضع الصلاة
وكلام وحدث او كشف عورة من غير ضرورة فلا يبنى اذا انصرف لغسل نجاسة ثوبه او للوضوء من الاغماء ونحوه
او للغسل للاحتلام او تعمد الحدث او عض جراحة فسال منها الدم او رماه انسان بحجر وسقط من السقف فادماه
او مكث ساعة في موضع الصلاة بعد سبق الحدث كما مر وتكلم او بال او تغوط او كشف العورة عند الاستنجاء او
من غير ضرورة وقيل انه المنفرد يستقبل اي ان فصل ذلك والامام والمقتدي يبنى لكن الامام والمنفرد ان شاء اتم
في منزله الذي فيه الانصراف وهو اختيار بعض مشايخنا لما فيه من تقليل المشي وان شاء عاد الى مكانه وهو
اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده ليكون جميع الصلاة مؤدية في مكان واحد واعترض بان في العود
الى مكانه مشيا في الصلاة من غير حاجة اذ الاداء في المنزل صحيح وذلك مفسد للصلاة واجيب بان المشي غير موجود حكما
لان حرمة الصلاة تجعل الاماكن المختلفة كمكان واحد كما صح التنفل على الدابة **وقوله** والمقتدي يعود الى
مكانه يعني حتما ليتم بقية صلاته في موضع وصلوته لم تجزه لانه بينه وبين امامه ما يمنع صحة الاقتداء من طريق
او نهر او حائط وكذلك اذا فرغ الامام او لم يكن بينهما حائل جاز ان يبنى في منزله فان ادرك امامه في الصلاة فهو
مخير بين ان يقضي ما سبقه الامام في حال اشتغاله بالوضوء بغير قراءة ثم يقضي اخر صلاته وبين ان يتابع الامام ثم يقضي
ما سبقه الامام بعد تسليمه لان ترتيب افعال الصلاة ليس بشرط خلافا لزفر كذا في شرح الطحاوي **قال** ومن ظن انه
احدث فخرج من المسجد اذا انصرف عن مكان صلاته على ظن انه احدث فظهر ان صلاته حتى يتوضأ جميعه فاما ان يكون انصرافه
على قصد اصلاح الصلاة او على قصد رفضها فان كان الاول فاما ان يخرج من المسجد او لا فان خرج استقبل الصلاة وان لم
يخرج اتمها والقياس فيهما الاستقبال لوجود الانصراف من غير عذر كما اذا كان على قصد الاعراض على ما يأتي وهو اي
الاستقبال فيهما رواية عن محمد قال في النهاية وخلاف محمد فيما اذا كان باب المسجد على حائط القبلة ليتحقق الانصراف
واما اذا كان يمشي في المسجد ووجهه الى القبلة بان كان باب المسجد على حائط القبلة لا تفسد صلاته بالاتفاق ووجه
الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح الا انه لو تحقق ما توهمه من الحدث بنى فسدت صلاته بالانصراف للاصلاح

فكذا اذا انصرف على قصده واعترض بان قصد الاصلاح لو الحق بحقيقته لما شرط عدم الخروج من المسجد فانه
حقيقته لم تشترط بذلك **واجيب** بان الحكم يثبت بقدر دليله وفي الحقيقة وجد القصد وقيام العذر فليس
في قصده قيام العذر فاختلفا في درجة الامكان فقد يشتغل فتبين انه لم يحدث فسدت صلاته وان لم يخرج
من المسجد لوجود العمل الكثير من غير عذر بخلاف ما اذا تحقق ما توهمه فان العمل غير مفسد لقيام العذر وان كان
التابع فسدت حيث انصرف خرج من المسجد او لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض ملحق بحقيقته الا ترى
انه لو تحقق ما توهمه يستقبلها فهذا اي الذي ذكرنا ان الانصراف اذا كان على قصد الاصلاح لم تفسد صلاته
ما لم يخرج او يستخلف فاذا كان على قصد الاصلاح لم تفسد صلاته ما لم يخرج الاعراض والرفض فسدت هو الحكم
اي الاصل من جنس هذه المسائل حتى انه ظن انه لم يصل التي قبلها او على ظن انه
ظن انه مدح المسح فقد انقضت ثم علم انه لم يكن ذلك استقبل لانه انصرف على قصد الرفض **وقوله** ومكانا الصفوف
لبيان ان ما ذا لم يكن في المسجد ما ذا يكون حكمه وهو واضح والحق او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل الصلاة لانه
يندر وجود هذه العوارض في الصلاة فلم يكن في معنى ما ورد به النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم من قاء
او رعف في صلاته فلحدث وكذلك اذا قهقه لانه اي فعل القهقهة بمنزلة الكلام في ان كلا منهما ينقل
للمعنى من ضميره الى فهم السامع وهو اي الكلام قاطع لانه صلى الله عليه وسلم قال انما هي التكبير وهذا اذا وجدت
هذه العوارض قبل ان يقعد قدر التشهد فاما اذا وجدت بعده فلا استقبال لانه لم يبق عليه شيء من الاركان
فان قيل سلمنا ذلك لكن لا بد للخروج من فعل المصلي على قول ابي حنيفة ولم يوجد **اجيب** بان الاختلاف المذكور
انما هو في صلاة اهل الاختلاف ولا نسلم ان الاختلاف في الملك فلا نعم
...
مما ذكرتم فليكن على ذكر منك قيل واغما قال او نام فاحتلم لان النوم بانفراده ليس بمفسد وكذا الاحتلام المنفرد
عن النوم وهو البلوغ بالسنة يجمع بينهما بيانا للاد **قال** وان حصر الامام عن القراءة كلا منعا متعه عن شيء لقدر
عليه فقدمه فانه حصر الامام عن القراءة بشيء بخجل ما كان يحفظ فاستخلف غيره جاز عند ابي حنيفة رضي
الله عنه وقالا لا يجزيهم وفي النهاية بل يتمها بدون القراءة كالامي اذا ام قوما اميين ونسبه بعض الشارحين
الى السهو لان مذهبهما انه يستقبل وبه صرح الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير **وقوله** لانه اي الحصر
عن القراءة نادر الوجود كالجنابة في الصلاة فلم يكن في معنى ما ورد به النص من الحدث الذي تعم به البلوى
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الاستخلاف في باب الحدث جاز للعجز عن المضي والعجز هنا الزم لان المحدث قد
يجد في المسجد ماء فيمكنه اتمام صلاته من غير استخلاف اما الذي نسي جميع ما يحفظ فانه لا يقدر على الاتمام
بالتذكر والتعلم كذا ذكره بعض الشراح وذكر ابو البشر انما يجوز الاستخلاف اذا كان يحفظ القراءة الا انه لحقه
خجل او خوف فامتنعت عليه القراءة فاما اذا نسي فصار اميا لم يجز الاستخلاف **وقوله** والعجز عن القراءة
غير نادر جواب عن قولهما انه يندر وجوده **وقوله** ولو قرا مقدار ما تجوز به الصلاة ظاهر وكذا قوله وان سبقه
الحدث **وقوله** وقدمر من قبل يعني في باب التيمم حيث قال وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله
وقوله وان راه بعد ما قعد بيانه مسائل تسمى بالاثني عشرية وهي مشهورة **وقوله** بعمل يسير يعني بان كان
الخف واسع الساق لا يحتاج في نزعه الى المعالجة وانما قيد به لانه اذا كان ضيقا فعالج في النزع تمت صلاته
بالاتفاق وقيل سهوه بلا اختيار وحفظها بلا امتنع **وقوله** وتذكر فائتة قيل هذه يعني اذا كان في الوقت
سعة **وقوله** او احدث فاستخلف اميا قيل هو اختيار المصنف واما على اختيار فخر الاسلام فلا افساد
في الاستخلاف بعد التشهد بالاتفاق **وقوله** او دخل وقت العصر في الجمعة قيل كيف يتحقق هذا الخلاف
ودخول العصر وقتا مهملا فاذا صار ظل الشيء مثله تحقق الخروج عندهم وتمت الصلاة عندهما وعنده باطلة

الجمعة

يخالف قول المصنف اذ دخل وقت العصر وقيل يمكن ان يقعد في الصلاة بعد ما قعد قدر التشهد الى ان يصير الظل
مثليه فيتحقق الخلاف وهو بعيد كما ترى ولكن يمكن توجيهه على المروي عن ابي حنيفة ان الخروج والدخول يكون
قال كل شيء مثله كما هو مذهبهما فانه حينئذ يتحقق الخلاف واعلم ان نسبة المهمل في الوقت الى الحسن بن زياد انما هي
على ما نقل في مبسوط شمس الائمة واما مبسوط شيخ الاسلام وغيره فهي منسوبة الى رواية اسد بن عمرو عن ابي
حنيفة رضي الله عنه والمنسوب الى الحسن رواية الموافقة في المذهب على ما تقدم قال كالمستحاضة ومن بمعناها
يعني اذا استوعب لا انقطاع وقتا كاملا فلو انقطع الدم بعد التشهد وسال في وقت صلاة اخرى فالصلاة الاولى
جائزة عند ابي حنيفة وان لم يسل فهي باطلة لتحقق الانقطاع في وسط الصلاة وعندهما جائزة لانه كالانقطاع
بعد تمام الصلاة قيل قوله وقيل الاصل فيه هو قول ابي سعيد البردعي وعليه العامة وفيه اشارة الى ان
المختار عند المصنف غيره وهو قول الكرخي فانه هنا ذهب الى ان الامور المذكورة عند ابي حنيفة ليس لذلك عند الكرخي
لان الفعل قد يوجد معصية بان قهقه او كذب ولا يجوز ان يكون للمعصية فرضا بل الخروج بفعل المصلي ليس
بفرض بالاتفاق وانما عنده ان هذه الاشياء مغيرة للصلاة ووجود المغير بعد التشهد كوجوده قبله الا انه في
حرمة الصلاة ولهذا اذا نوى المسافر في هذه الحالة الاقامة تم والمعنى بالمغير ما تحيل الصلاة بعد وجوده
على غير الصفة الواجبة هي عليها فيما قبل في المتيمم يجب بعد وجود الماء وانتضا مدة المسح وحصول الثوب
فتعلم السورة بالوضوء والتسل والكسوة والقراءة بعد ان كانت واجبة بطهارة التيمم والمسح والعري وعدم القراءة
وقيل المعنى به كون الصلاة جائزة بالاجماع به وبعده فانها تصح بالتيمم والمسح والايماء واشكالها قوله
لهما ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه قوله صلى الله عليه وسلم اذا قلت هذا او فعلت هذا الحديث علق صلى
الله عليه وسلم التمام باحدهما فمن علق بهما فقد خالف النص ولانه ادى صلاة اخرى في وقتها واجب لا محالة وهو
لا يمكن الا بالخروج من هذه فكان الخروج منها وسيلة الى الفرض باقتضا قوله تعالى اقيموا الصلاة وما لا يتوصل
الى الفرض الا به فهو فرض وهذه النكتة منقولة عن الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي واعترض بوجهين احدهما
ان المرأة لو حاضت في هذه الحالة تمت صلاتها بالاتفاق ولا صنع منها والثاني انه اذا علم فرض ثم يكون فرضا
لغيره كالسعي الى الجمعة فيجب ان يتم صلاته في الصورة المذكورة لحصول المقصود دون الصنع وهو الخروج من الاولى
كما لو دخل الجامع يوم الجمعة قبل دخول الوقت واجيب عن الاول بان المحاذاة مفاعلة لا يتحقق الا من
فاعلين فكان منه صنع اذ بات(?) الليث في مكانه وعن الثاني بان الخروج عن الاولى يجب ان يكون على وجه تبقى
صحيحة لقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم ولان الترتيب فرض ولم يبق بعد الخروج صحيحة لا بقاء اعماله ثم صحيحة
لان الخروج لم يكن بصنع المصلي فكان بقاؤها صحيحة موقوفا على الخروج بصنع المصلي ولو توقف الخروج على بقائها
صحيحة دار وانا نقول الخروج بصنع المصلي موقوف على ما اعتبره الشرع رافعا للتحريمة على ما سيأتي ويلزم منه
بقاؤها صحيحة ولا معتبر بالضمنيات قوله ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم جواب عن استدلالهما بحديث ابن
مسعود وهو مثل قوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه اي قارب التمام سماه تماما بما يؤول اليه
قوله والاستخلاف غير مفسد جواب عما يقال الاستخلاف امر صنع المصلي فكان الواجب ان لا تفسد بعينه
ايضا وتقريره على وجهين احدهما ما ذهب اليه الشارحون قال لو سلمنا انه صنع منه لكنه ليس بمفسد بدليل انه لو استخلف
في خلال الصلاة لم يفسد والمعنى من الصنع ما كان مفسدا ليكون عملا منافيا للصلاة رافعا للتحريمة ورد بانا
لا نسلم ان الاستخلاف ليس بمفسد بل مفسد لما قدمنا ذرة حكم شرعي وهو علم صلاحية الاول للامامة والركن مردود
لانه قد يعنى ان عمل كثير من غير عذر وذلك مفسد فيما اذا كان بعد قعود [illegible] مسألة لم يكن عذر [illegible] يكون
مفسدا لعدم العذر وكذلك ما [illegible] مطلع البحث من قول بعض الشارحين ان قول المصنف ذكر الاصل فيه
اشارة الى ان المختار غيره ذو دلالة ترك ذكر المختار وذكر غيره كالاحتجاج عليه غير متوقع من مثله قال ومن اقتدى

بامام

بامام اذا اقتدى الرجل بمن صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه صح الاستخلاف لان صحته بالمشاركة في التحريمة وقد
وجدت والاولى ان يستخلف مدركا لانه اقدر على اتمامها لهذا لحتاج الى استخلاف غيره للتسليم والاقدر اولى
لا محالة قال وهو الاصح احتراز عن رواية ابي حفص ان صلاته ايضا تامة لانه مدرك اول صلاته فيكون
كالفارغ بفراغ الامام وكذا التشهد [illegible] الامام في حقه في المنع من
البناء كضحكه ولو ضحك هو في هذه الحالة تفسد صلاته وكذا اذا ضحك الامام وقوله وان لم يحدث الامام
وبعد قعد قدر التشهد انما قيد بذلك لان القهقهة والحدث العمد اذا وجدا قبله فسدت صلاة الجميع بالاتفاق
في صلاة الا الاحد روايتي قال وذلك لان القهقهة مفسدة لانها كالحدث في ازالة شرط الصلاة وهو الطهارة
تكون مفسدة للجزء الذي تلاقيه من صلاة الامام فتفسد مثله من صلاة المقتدي لابتنائها عليها وقوله
لانه منه المنهي عما اعتبره الشرع رافعا للتحريمة عند فراغ الصلاة كالتسليم والخروج بفعل المصلي فان الشرع
اعتبرها كذلك حيث قال صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم وقال تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض
وقوله والكلام في معناه يعني من حيث ان السلام كلام مع القوم تحية ويشبه لوجود كاف الخطاب
وقوله وينتقض وضوء الامام يعني عند علمائنا الثلاثة رضي الله عنهم خلافا لزفر فان عنده ان كل قهقهة
توجب اعادة الصلاة توجب اعادة الوضوء وما لا فلا لانه في معنى المنصوص عليه من كل وجه ولنا انها وجدت في
حرمة الصلاة لانه لو سهى في هذه الحالة وجب عليه سجوده فيكون مفسدة للوضوء وقوله ولا يعتد
في بعض النسخ يعيد وكلاهما متقاربان لان عدم الاعتداد به يستلزم الاعادة لان اتمام الركن بالانتقال والانتقال
مع الحدث لا يتحقق لان المنتقل اليه جزء من الصلاة فاي جزء منها اذا سبق الحدث مفسد فلا بد من الاعادة
والقياس ان ينقض الحدث جميع ما ادى لكنا تركناه بالاثر الوارد في البناء فيبقى اثبتا من الركن الذي سبقه
الحدث فيه على القياس فلزم اعادة ما كان الحدث فيه بالقياس وقوله دام المتقدم على ركوعه اي مكث
راكعا قدر ركوعه لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة فيما يستدام كالاذكار ولا يحتاج الى انشاء الركوع اصله
قوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ومن ذكر في ركوعه او سجوده ان عليه سجدة فانحط من
ركوعه او رفع راسه من سجوده فسجد التي ذكرها صلبية كانت او تلاوة اعاد الركوع والسجود ليقع الافعال
مرتبة بقدر الامكان وهذا بيان الاولى لان مراعاة الترتيب في افعال الصلاة ليست بركن الا ترى ان المسبوق
يبدأ بما ادرك مع الامام ولو كان الترتيب ركنا لما جاز تركه بعذر الجماعة كالترتيب بين الصلوات ولو ترك
الاعادة جاز لان ذكر الفجر لا ينقض الركوع فحصل الاعتداد به بخلاف سبق الحدث فانه ينقضه كما تقدم
وهو معنى قوله لان الانتقال مع الطهارة وعن ابي يوسف انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة عنده
فرض فحين انحط من الركوع بلا رفع راسه فقد ترك الفرض فعليه الاعادة ويطالب بالفرق بين هذا وبين ما
اذا عاد الى القعدة الصلبية بعد ما قعد قدر التشهد فانه ترتفض القعدة وكذا لو تذكر في الركوع انه لم يقرأ
القرآن فعاد لقراءة القرآن ارتفض الركوع واجيب بان القعدة انما ترتفض لاتيانه بالسجدة لان
النبي صلى الله عليه وسلم علق تمام الصلاة بالقعدة في قوله اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك فلو قلنا
~~بعدم ارتفاضها كان تمام الصلاة بالقعدة في قوله اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك فلو قلنا~~
~~بجواز تاخيرها عنها كان تمام الصلاة~~ بذلك الغير وهو خلاف النص فكذلك لا يجوز تاخير القيام او الركوع عن السجدة
لان القيام وسيلة الى الركوع والركوع وسيلة الى السجود حتى ان من لم يقدر على الركوع والسجود لا يجب عليه
القيام والوسائل متقدمة على المقاصد فكانت القراءة زينة القيام فكانت تابعة له ومن ام رجلا واحدا فاحدث
وخرج من المسجد فالمأموم امام نوى الامام ذلك او لم ينو لما فيه اي تعيينه اماما صيانة لصلاة المقتدي
لانه لو لم يتعين اماما خلا مكان الامامة عن الامام وهو يوجب فساد صلاة المقتدي قال التعيين لتعين(?)

المشاركة في التحريمة ان يبني صلوته على صلاة غيره صح

وفيه بنا صلاة المسبوق لان صلوة المدرك لا تفسد بالاتفاق صح

لان الاستعمام

بلا تعيين ولم يتعين أجاب بقوله وتعيين الأول لقطع المزاحمة ولا مزاحمة فكان التعيين موجوداً حكماً
وإذا تعين لذلك كان كالمستخلف حقيقة فيتم صلاته معتدياً به ولو لم يكن خلفه إلا صبي أو امرأة اختلف
المشايخ فيه فقيل تفسد صلاة الإمام لاستخلاف من لا يصلح للإمامة فسدت صلاته وقيل لا تفسد
صلاته لأن الاستخلاف إنما يكون حقيقة أو حكماً ولا شيء منهما بموجود أما حقيقة فظاهر لأن الغرض
عدمه وأما حكماً فلأنه يقتضي صلاحيته للإمامة والفرض عدمها ومنهم من يقول تفسد صلاة المقتدي
خاصة وهو الصحيح لأنه لما لم يصر مستخلفاً لا حقيقة ولا حكماً لما ذكرنا بقي الإمام منفرداً فلا تفسد صلاته
وتفسد صلاة المقتدي لخلو مكان الإمامة عن الإمام والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

هذا الباب لبيان العوارض التي تعرض في الصلاة باختيار المصلي فكانت مكتسبة وأخرها عما تقدم لكونها
سماوية ومن تكلم في صلاته عامداً أو ساهياً بطلت صلاته وقال الشافعي رحمه الله لا تفسد في الخطأ والنسيان
لعدم التفرقة بينهما في حكم الشرع والسهو ما يتنبه صاحبه بأدنى تنبيه والخطأ ما لا يتنبه بالتنبيه أو
يتنبه بعد إتعاب والنسيان هنا يخرج المدرك من الخيال [illegible] في موضعه ومفزعه إلى ملاحظة الحديث
المعروف وهو قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ووجهه أنه لا يسند إلا الحقيقة وهما غير مرفوعة
لوجودهما بين الناس فيكون الحكم وهو الفساد مرفوعاً ولنا حديث معاوية بن الحكم رضي الله عنه قال صليت
خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فعطس بعض القوم فقلت يرحمك الله فرماني القوم بأبصارهم فقلت واثكل أماه
ما لي أراكم تنظرون إلي شزراً فضربوا بأيديهم على أفخاذهم فعلمت أنهم يسكتونني فلما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم
دعاني بأبي هو وأمي ما رأيت معلماً أحسن منه تعليماً ما كهرني ولا زجرني ولكن قال إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء
من كلام الناس جعل عدم الكلام فيها من حقها كما جعل وجود الطهارة [illegible] من حقها
فكما لا تجوز مع [illegible] الطهارة لا تجوز مع وجود الكلام وهو واضح
فإن قيل لو كان مفسداً لأمر بالإعادة ولم يثبت قلنا هذا استدلال بالنفي وهو باطل سلمناه ولكن العلم بالشرط
لم يكن أمراً بالإعادة لمشاهدة [illegible] وقوله ما رواه محمول على ما عرف في موضعه وقوله بخلاف السلام
ساهياً جواب عما يقال السلام كالكلام في أن كل واحد منهما [illegible] السلام يفصل بين العمد والنسيان فكذلك
الكلام ووجهه أن السلام ليس كالكلام لأنه من الأذكار إذ المتشهد يسلم على النبي صلى الله عليه وسلم وهو اسم من أسماء
الله تعالى وإنما أخذ حكم الكلام بكاف الخطاب وإنما يتحقق معنى الخطاب فيه عند القصد فإذا كان ناسياً التحق
بالأذكار وإذا كان عامداً التحق بالكلام عملاً بالشبهين بخلاف الكلام فإنه ينافي الصلاة على كل حال فكان مبطلاً لها
كذلك وطولب بالفرق بينه وبين أفعال [illegible] الصلاة فإن القليل منها غير مفسد وأجيب بأن الاحتراز
عن قليلها غير ممكن إذ في الحي حركات طبيعية ليست من الصلاة فلا تفسد حتى يدخل تحت ما يمكن الاحتراز
عنه فاستوى القليل والكثير **قال** فإن أنّ فيها أو تأوه الأنين صوت المتوجع وقيل هو أن يقول آه والتأوه
وارتفاع البكاء هو أن يحصل به حروف وكل ذلك إما أن يكون من ذكر الجنة والنار أو من وجع ومصيبة
فإن كان الأول لم يقطعها لأنه يدل على الخشوع وإن كان الثاني قطعها لأن فيه إظهار الجزع والمصيبة فكان كلامه
دليلاً على أمر والدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يكن هناك صريح يخالفها ولو قال إني مصاب فسدت صلاته فكذلك بالدلالة وعن أبي
يوسف رحمهما الله أنه قال إن لم تفسد في الحالين أي سواء كان من ذكر الجنة والنار أو من وجع ومصيبة وإن تفسد
وهذا لأن أصل كلام العرب ثلاثة أحرف لاحتياجه إلى حرف يبتدأ به وحرف يوقف عليه وحرف يفصل بينهما [illegible]

لما فرغ عن بيان العوارض السماوية شرع في العوارض الاختيارية المكتسبة وقدم السماوية لأنها أعرف في العوارض لعدم قدرة العبد على دفعها [illegible] من قبيل السماوية

إلا إذا طال الكلام ولم يفرق المصنف بين السهو والنسيان ح

قوله من تكلم في صلاته عامداً أو ساهياً **أقول** أراد بالساهي ما يعم الخاطئ والناسي
سعدي أفندي

قال ابن الهمام الفقهاء يذكرون هذا اللفظ ولا يوجد في شيء من كتب الحديث بل إن الله وضع عن أمتي الخطأ شرح الأكمل الإتيان بوجه [illegible]

[illegible] قبل أن يكون ما مر [illegible] قوله وجاهدوا في سبيل الله [illegible]

فلما فرغ الأخ جواب عن الاستدلال بالحديث المعروف وتقريره أن حكم الآخرة وهو الإثم مراد بالإجماع فلا يكون حكم الدنيا مراداً وإلا لزم عموم المشترك أو المقتضى وكلاهما باطل [illegible] من الكلام

قوله يعني الخطاب في غير العمد أي السلام فيه صلاة الاستخدام
سعدي أفندي

صح [illegible] ولو صرح بذكر الجنة والنار فقال اللهم إني أسألك الجنة وأعوذ بك من النار لم يفسد ولو صرح بإظهار الوجع فقال [illegible]

الواحد قلت الجملة فلا يطلق عليه اسم الكلام والحرفان إذا كان أحدهما من الزوائد كذلك لأنه نظر إلى الأصل
على حرف واحد وأما إذا كانا أصليين فقد وجد الكلام وهو يقوم مقام الكلام والحروف الزوائد التي يجمعها [illegible]
[illegible] وإن كان [illegible] تفسد [illegible] من الزوائد
[illegible] الزوائد [illegible] لا بالزيادة قال المصنف وهذا لا يتقوى
لأن [illegible] كلام الناس في المتفاهم العرف يتبع وجود الهجاء وإفهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف
كلها زوائد [illegible] النهاية [illegible] هذا [illegible] وحرف وفعل وفاعل ومفعول فيه
وكان من حرفي الزوائد وهو مفسد [illegible] قلت هذا لا يرد عليه لأن الكلام في الحرفين في الزوائد
عليهما [illegible] قوله كقوله [illegible] الشارحون [illegible] قول المصنف في حرف وكلها
زوائد [illegible] وحينئذ يكون معنى كلامه كلام الناس في العرف عبارة عن
وجود الهجاء وإفهام المعنى [illegible] حرفان من حروف الزيادة فيكون من كلام
الناس [illegible] فأما أن يكون بعذر أو لا فإن كان الثاني
[illegible] لا يمكن الاحتراز عنه [illegible]
قال [illegible] المشايخ [illegible] لإصلاح الصوت للقراءة [illegible] الإسلام [illegible]
[illegible] الصلاة [illegible] لإصلاح الصلاة [illegible]
المحيط وإن لم يكن مدفوعاً إليه في التنحنح إلا أنه فعله لإصلاح الحلق ليتمكن من القراءة [illegible]
نحو قوله أخ أخ وتكلف لذلك كان النفخة أيضاً عند الزاهدي يقطع عندهما إلا بحروف هجاء وفيه
نظر لأن اختلاف المشايخ لا يستلزم ذلك ولا وقع في هذا الكتاب في موضع من اختلاف المشايخ كذلك
وقوله عندهما أيضاً فيه نظر لأنه قال وحصل به حروف بلفظ الجمع ومذهبه حينئذ كمذهبهما كما مر
فلا وجه لإفرادهما بالذكر فإن حمل الجمع هنا أيضاً على التثنية اندفع النظر الثاني وبقي في الأول النظر
بحيث فيه نقل عن الأئمة والقياس يقتضي أن يكون مفسداً في الكل [illegible] فإن كان الأول [illegible] أي يعقل
كالعطاس والجشاء فإن ذلك لا يقطع الصلاة وإن حصل به حروف هجاء **قال** ومن عطس فقال له آخر يرحمك
الله وهو أي القائل في الصلاة فسدت صلاته لأنه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم وإنما قيد
بقوله آخر لأنه إذا قال العاطس لنفسه لا تفسد صلاته لأنه لم يتعارف قوله يرحمك الله وفيها لا تفسد كما في الفتاوى
الظهيرية بخلاف ما إذا قال العاطس أو السامع الحمد لله فإنه لا تفسد على ما قالوا وفي هذا اللفظ إشارة إلى الخلاف
النفي وذكر في المحيط روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن العاطس يحمد في نفسه ولا يحرك لسانه فلو حركه
فسدت صلاته ووجه الأول ما ذكره أنه لم يتعارف جواباً **قال** وإن استفتح ففتح عليه في صلاته تفسد الاستفتاح أربعة أقسام
بحسب القسمة العقلية وذلك لأن المستفتح فيما دون الفاتح أو بالعكس فإن كانا في الصلاة فإما أن تكون الصلاة
متحدة بأن يكون المستفتح إماماً والفاتح مأموماً أو لا يكون فعلى الثاني فسدت صلاة كل واحد منهما لأنه
تعليم وتعلم فكان من كلام الناس قال في الأصل إذا فتح غير مرة فسدت صلاته وفيه إشارة إلى أنه ما لم يتكرر
لا تفسد وقال لا يشترط التكرار في الجامع الصغير [illegible] لأن الكلام في نفسه
قاطع وإن قل [illegible] في الصحيح وفي الأول لا يكون كلاماً استحساناً إما بالأثر وهو ما روي أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قرأ في الصلاة سورة المؤمنين فترك منها كلمة فلما فرغ منها قال صلى الله عليه وسلم ألم يكن فيكم أبي بن
كعب فقال بلى يا رسول الله فقال هلا فتحت علي فقال ظننت أنها نسخت فقال صلى الله عليه وسلم لو نسخت
لأنبأتكم وإما بما أشار إليه في الكتاب من أنه مضطر إلى إصلاح صلاته فكان هذا من أعمال الصلاة معنى ثم اختلف
المشايخ بأن المقتدي ينوي الفتح على إمامه أو قراءة القرآن فمنهم من قال ينوي الفتح التلاوة ومنهم من قال

المراد بالزائدان الكلمة لو زيد فيها لكان من هذه الحروف لأن هذه الحروف زوائد حيثما وقعت
كا

قوله قيل وإنما قال ينبغي **أقول** صاحب القيل هو صاحب النهاية
سعدي أفندي

قال لا يستلزم ذلك **أقول** أي إتيان لفظ ينبغي
سعدي أفندي

قوله ولا وقع في هذا الكتاب في موضع من اختلاف المشايخ كذلك **أقول** أي إتيان هذا اللفظ

قوله فإن حمل الجمع هنا أيضاً على التثنية اندفع النظر الثاني **أقول** لكن قوله أخ أخ يمنع عن ذلك الحمل
سعدي أفندي

طلب الفتح والاستفهام قال الله تعالى وكانوا من قبل يستفتحون أي يستنصرون ويجوز أن يكون كل واحد منهما هنا مراداً والاستفتاح [illegible] بالفاتح أما أن لا يكونا في الصلاة وليس ما نحن فيه أو يكونا فيها أو يكون المستفتح
أي من قوله ثم شرط التكرار في الأصل
ح

ينبغي للفتح دون القراءة قال المصنف هو الصحيح اشارة الى ان الاول ليس بصحيح لان المقتدي رخص له
في الفتح على امامه ومنع عن القراءة فلا يتبع ما رخص له الى ما منع عنه كما هكذا اذا اراد ان يفتح على
غير امامه فانه ينوي القراءة دون التعليم على ما يذكر ولم يتبين في الكتاب بين ما اذا قرأ الامام مقدار
ما تجوز به الصلاة ثم فتح على ما لم يقرأ وان اختلفوا فيه اختيار ما هو الصحيح فانه اذا فتح بعد ما قرأ ما تجوز به لا
تفسد صلاة واحد منهما ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى تفسد صلاة الفاتح وصلاة الامام ان اخذ
بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وهكذا ايضا قال المشايخ واختاره المصنف ومنهم من يقول
لا تفسد وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وينبغي للامام ان لا يلجئهم اليه بان يردد الآية او يقف ساكتا
بل يركع اذا جاء اوانه واما اطلاق الاوان لاختلاف المشايخ فيه فمنهم من [illegible] وينبغي المقتدي
اعتبر الاستحباب فقال ينبغي للامام اذا ارتج ان يجاوز الى سورة اخرى او يركع اذا قرأ المستحب صيانة
الصلاة عن الزوائد ومنهم من اعتبر الفرض فقال يكره للامام ان يتردد فيلجئ القوم الى ان يفتحوا عليه اذا
كان قرأ مقدار ما يتعلق به الجواز وان كان المستفتح وحده في الصلاة وفتح عليه الخارج واخذ به
فسدت صلاته لوجود التلقين والتلقن وان كان بالعكس فان نوى تعليمه كسكت وان نوى قراءة
القرآن لم تفسد [illegible] اشتراط التكرار وعدمه قد مر قال ولو اجاب رجلا في الصلاة بلا اله الا الله فهذا كلام
اي لما اراد جوابه او اعلامه انه في الصلاة فان كان الاول فسدت صلاته عند ابي حنيفة ومحمد رضي
الله عنهم وقال ابو يوسف رحمه الله لا تفسد لان هذا الكلام ثناء بصيغته اي بما وضع له صيغته وكل ما هو
كذلك لا يتغير بعزيمة المتكلم كما اذا اراد به اعلامه انه في الصلاة ولهما انه كلام يحتمل الثناء والجواب فكان
كالمشترك والمشترك يجوز تعيين احد محتمليه بالقصد والعزيمة كالتشميت فانه لا شك انه ذكر بصيغته
ويحتمل الخطاب وقد جعله النبي صلى الله عليه وسلم من كلام الناس حيث قصد به خطاب العاطس فان قيل
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في جواب ابن مسعود حين استأذن على الدخول وهو صلى الله عليه
وسلم في الصلاة ادخلوها بسلام آمنين اراد به جوابه ولم تفسد صلاته قيل اجاب شمس الائمة السرخسي
بانه محمول على انه انتهى بالقراءة الى هذا الموضع ووقت سمع ارادة الاعلام فاستدلاله ثبت بالفرع على ما يذكر
واذا قيل بين يدي المصلي مات فلان فقال انا لله وانا اليه راجعون اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال
هو على الخلاف وهو الذي قيل لا يحتاج الى بيان فرق وهو الصحيح ومنهم من قال هو على الوفاق تفسد اتفاقا
لابي يوسف [illegible] ان الاسترجاع مفسد لانه اراد به الاسترجاع لاظهار المصيبة وما شرعت الصلاة لاجله
والتهليل للتوحيد والتعظيم والصلاة شرعت له وان كان الثاني لم تفسد بالاجماع لقوله صلى الله عليه وسلم
اذا نابت احدكم نائبة فليسبح فان التسبيح للرجال والتصفيق للنساء . وقوله ومن صلى ركعة من الظهر
يعني اذا صلى ركعة من صلاة ثم افتتح ثانيا فلا يخلو اما ان تكون الثانية عين الاولى او غيرها
فان كان الثاني فقد نقض الاولى وهو المسئلة المذكورة في الكتاب الا انه صح شروعه في غيره ومن
ضرورته الخروج عن الاولى فبطل الاولى فان كانت فرضين فلا يخلو اما ان يكون المصلي صاحب ترتيب
او لا فان كان وقعت الثانية نفلا وان لم يكن وقعت فرضا وان كان الاول وهي المذكورة في الكتاب
ثانيا فقد لغت نيته وبقي المنوي الاول على حاله لانه نوى تحصيل الحاصل ويكون ما صلى من الاولى
محسوبا حتى لو صلى بعدها ثلاث ركعات خرج عن العهدة ولو صلى اربعا على ظن ان الاولى انتقضت
ولم يقعد في الثالثة فسدت صلاته لانه ترك القعدة الاخيرة ذكره في الخلاصة هذا اذا نوى بقلبه اما
اذا نوى بلسانه وقال نويت ان اصلي الظهر انتقض ولا يجزئه . وقوله واذا قرأ الامام من المصحف
قيد الامام اتفاقي لان حكم المنفرد كذلك قيل ويحتمل انه قيد بالامام لانه المحتاج الى تطويل القراءة

ثم المحتاج الى النظر في المصحف ولم يذكر في الكتاب مقدار ما يقرأ وهو مختلف فيه فمنهم من يقول اذا قرأ
مقدار آية تامة لان ما دون ذلك غير معتبر قراءة ومنهم من يقول مقدار الفاتحة والظاهر القليل والكثير عنده في
الافساد وعندهما في عدمه سواء وظهر الطلبة في الكتاب لما اسند القراءة عبارة وهو واضح انضافت اي
انضمت الى العبادة وهي النظر في المصحف لقوله صلى الله عليه وسلم اعطوا اعينكم من العبادة حظها قيل
وما حظها من العبادة قال النظر في المصحف والعبادة الواحدة غير مفسدة فكيف اذا انضمت الى الاخرى الا
انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب ونحن نهينا عن التشبه بهم فيما لنا منه بد ولابي حنيفة ان حمل
المصحف والنظر فيه وتمييز حرف عن حرف وتقليب الاوراق عمل كثير وهو مفسد لا محالة ولانه تلقن من
المصحف وهو كالتلقن من غيره في تحصيل ما ليس بحاصل عنده والتلقن من الغير مفسد لا محالة فكذا من
المصحف وعلى هذا اي على الوجه الثاني لا فرق بين الموضوع في مكان والمحمول لانهما في التلقين سواء وعلى
الاول يفترقان لانه انما اخذ فيه الحمل فاذا فات بالوضع فات بعض الدليل وشمل [illegible] السرخسي التعليل بالتلقن
انه الصحيح . وقوله ولو نظر الى مكتوب يعني اذا نظر الى مكتوب سوى القرآن فاما اذا كان قرآنا لا خلاف لاحد
في جوازه فاما غير القرآن فقد قال بعض مشايخنا لا تفسد على قول ابي يوسف وتفسد على قول محمد كما في الحلف
لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه ولم يقرأ بلسانه فانه لا يحنث عند ابي يوسف خلافا لمحمد لان الغرض
من القراءة باللسان الفهم فكان الفهم كالقراءة اي تكون باللسان لانه من باب الكلام قال المصنف الصحيح
انه لا تفسد صلاته بالاجماع وليس هذا كمسئلة اليمين لان المقصود هناك الفهم واما فساد الصلاة فبالعمل
الكثير ولم يوجد . وقال وان مرت امرأة بين يدي المصلي انما ذكر هذه المسئلة وان لم يصدر من المصلي
شيء يوجب فساد صلاته ردا لقول اصحاب الظاهر ان مرور المرأة بين يدي المصلي تفسد صلاته لقوله صلى
الله عليه وسلم تقطع المرأة الصلاة والكلب والحمار ولنا ان عائشة رضي الله عنها انكرت ذلك قالت يا اهل
العراق والشقاق والنفاق قرنتمونا بالحمير والكلاب كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي وانا معترضة
بين يديه كاعتراض الجنازة فاذا سجد خنست رجلي واذا قام مددتهما واعترض بان الكلام في المرور
بين يدي المصلي لا في الاعتراض . واجيب بان الاعتراض يكون اذا لم يكن منبسطا فالمرور اولى ثم الكلام في
هذه المسئلة في مواضع اولها هذا وهو ان مرور المار لا يقطعها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقطع الصلاة مرور شيء
والثاني ان المار آثم لقوله صلى الله عليه وسلم لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين
قال الراوي لا ادري قال اربعين عاما او يوما او شهرا وقيل صح من حديث ابي هريرة ان المراد اربعين سنة
والثالث في موضع كراهة المرور وهو موضع السجود على ما قيل وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ
الاسلام وقاضي خان رحمهم الله وقال فخر الاسلام اذا صلى راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره
لا يكره ومنهم من قدره بمقدار صفين او ثلاثة ومنهم من قدره بثلاثة اذرع ومنهم من قدره بخمسة ومنهم
من قدره باربعين ذراعا وهذا اذا كان في الصحراء واما اذا كان في المسجد فقيل لا ينبغي لاحد ان يمر بينه
وبين قبلة المسجد وقيل بمقدار خمسين ذراعا ولا يكون بينهما اي بين المصلي والمار حائل كالاسطوانة او نحوها
اما اذا كان فلا بأس [illegible] ان يحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان حتى لو كان الدكان بقدر قامة الرجل
كان سترة فلا بأس [illegible] هذين القيدين اعني قيد عدم الحائل وقيد المحاذاة وبين قوله اذا مر في موضع سجوده
منافاة لان الجدار او الاسطوانة لا يتصور ان يكون بينه وبين موضع سجوده وكذلك اذا صلى على الدكان لا يتصور
المرور في موضع سجوده ولعل معنى قوله في موضع سجوده في موضع قريب من موضع سجوده فيؤول الى ما اختاره
فخر الاسلام انه اذا صلى راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره لا يكره وهذا الاشارة فيه فلهذا قال فخر
الاسلام انه الحسن لكونه مطردا فانه ما اختاره شيئا الا وهو مطرد في الصور كلها وهو الامام الاصحاب فصار

السبق في منية ابن المحقق جزاه الله من المحصلين خيرا والرابع ان يأخذ سترة اذا صلى في الصحراء لقوله صلى
الله عليه وسلم ليجعل احدكم اذا صلى في الصحراء تكون امامه مثل مؤخرة الرحل بضم الميم وكسر الخاء في اخره وهي
الخشبة العريضة التي تحاذي رأس الراكب وتشدد الخاء خطأ وهي تكون مقدار ذراع وسند كما انه صلى الله عليه
وسلم صلى الى عنزة وهي مقدار ذراع **وقوله** ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع ويروى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال يجزئ
من السترة السهم والسادس ان يقرب من السترة لقوله صلى الله عليه وسلم من صلى الى سترة فليدن منها والسابع
ان يجعل السترة على حاجبه الايمن او الايسر لانه الاثر ذكر فيه انه صلى الله عليه وسلم ما صلى الى عود ولا
عمود ولا الى شجرة الا جعله على حاجبه الايمن ولم يصمد له صمدا اي لم يقصده قصدا الى المواجهة والثامن ان سترة الامام
سترة للقوم لانه صلى الله عليه وسلم صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة اي عصا ذات زج والزج الحديدة
في اسفل الرمح وهو بالتنوين لانه اسم جنس نكرة وقال في الكافي ان اريد بها عنزة النبي صلى الله عليه وسلم كان
غير منصرف للعلمية والتأنيث فيكون منصوبا والتاسع ان المعتبر الغرز دون الالقاء والخط قيل هذا اذا كانت
الارض رخوة اما اذا كانت صلبة لا يمكنه الغرز فانه يضع طولا ليكون على هيئة الغرز وان لم يكن تحتجز قال بعض
مشايخنا المتأخرين يخط خطا طويلا وهو قول الشافعي رحمه الله ولم يعتبره المصنف لان المقصود هو الحيلولة بينه
وبين المار ولا يحصل به فيكون وجوده كعدمه وهو المروي عن ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وروى هشام
عن ابي يوسف انه يلقي بين يديه ويصلي **فان قيل** لم منع الخط قدرنا كالغرز **اجيب**
بان ذلك لم يصح عند اهل الحديث فلم يذكر ان ترك السترة لا بأس به اذا امن المرور لما ان اتخاذ السترة للحجاب عن
المار ولا حاجة بها عند عدم المار روي عن محمد انه تركها في طريق الحجاز غير مرة والعاشر المراد اذا لم يكن بين يديه
سترة او مر بينه وبين السترة لقوله صلى الله عليه وسلم ادرءوا ما استطعتم وبكذا اي يدفع بالاشارة كما فعل النبي
صلى الله عليه وسلم بولدي ام سلمة حين كان يصلي في بيتها فقام ولدها عمر ليمر بين يديه فاشار اليه ان قف فوقف
ثم قامت بنتها زينب لتمر بين يديه فاشار اليها ان قفي فابت فمرت فلما فرغ من صلاته قال انهن صواحب العقل
الدين صواحب كرسف يغلبن الكرام ويغلبهن اللئام او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل وهو قوله صلى الله عليه
وسلم اذا نابت احدكم نائبة في الصلاة فليسبح فهذا نائبة فليسبح ويكره الجمع بينهما اي بين الاشارة والتسبيح
لان باحدهما كفاية وهذا في حق الرجال واما النساء فيصفقن بضرب ظهور اصابع اليد اليمنى على صفحة
الكف من اليسرى لما مر ان لهن التصفيق لان في صوتهن فتنة فلا يشرع لهن التسبيح والله اعلم

فصل فيما يكره للمصلي مما لا يفسد صلاته واخر ذكر القوة المفسد ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه
قال بدر الدين الكردري العبث الفعل الذي فيه غرض لكنه ليس بشرعي والسفه ما لا غرض فيه اصلا وقال
حميد الدين العبث كل عمل ليس فيه غرض صحيح ولا نزاع في الاصطلاح ولما كان العبث بالثوب لا يخلو عما
يعد من تقليب الحصى نهى لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله كره لكم ثلاثا وذكر منها العبث في الصلاة والباقيان
هو الرفث في الصوم والضحك في المقابر **وقوله** لان العبث خارج الصلاة حرام فما ظنك في الصلاة قيل
فعلى هذا كان كالقهقهة فينبغي ان تفسد الصلاة وهو ساقط لان افساد القهقهة لفساد الوضوء بها
وليس في العبث ذلك **وقوله** ولا يقلب الحصى ظاهر قيل وحاصله ان كل عمل يفيد المصلي لا بأس به لما روي
انه صلى الله عليه وسلم عرق في صلاته ليلة فسلت العرق بجبينه اي مسحه لانه كان يؤذيه فكان مفيدا واذا
قام من سجوده في الصيف نفض ثوبه عنه يمنة ويسرة كيلا يبقى صورة **وقوله** ولا يفرقع اصابعه الفرقعة تنقيض
الاصابع بالغمز والمد حتى تصوت **وقوله** لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاختصار وروى ابو هريرة رضي
الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الاختصار في الصلاة **وقوله** ولا يلتفت ظاهر **وقوله** هو صحيح
احترازا عن التفسير الاخر للاقعاء وهو ان ينصب قدميه كما يفعل في السجود ويضع اليتيه على عقبيه لان الكلب

لا يبغي

لا ينبغي كذلك وانما يفعل بما ذكر في الكتاب تماما لانه ينصب يديه والادمي ينصب ركبتيه الى الصدر **وقوله**
ولا يرد السلام ظاهر **وقوله** فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلاته فرضا كانت او نفلا وعن
سعيد بن جبير انه شرب وعن طاووس يجوز شربه في النفل وهو رواية عن احمد **وقوله** لا تنافي
كل واحد من الاكل والشرب عمل كثير لا محالة وهو مفسد **وقوله** وحالة الصلاة مذكرة جواب عما
ينبغي ان يكون النسيان عفوا كما في الصوم ووجهه ان النسيان كالنوم لان حالة الصلاة مذكرة بخلاف
حالة الصوم فان الاكل فيما بين اسنانه فمنهم من يقول ان كان ما دون ملء الفم لا تفسد كما في الصوم وان كان
اكثر من ذلك فسدت **قال** ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد شرع من هنا في بيان مسائل الجامع الصغير
والطاق هو المحراب المذكور في الكتاب في وجه الكراهة احد الطريقين والطريق الاخر وهو المروي
عن الفقيه ابي جعفر انه يشتبه على من عن يمينه ويساره وعلى هذا اذا كان بجنبي الطاق عمودان
ووراء ذلك فرجة يطلع منها من عن يمينه ويساره على حاله فلا بأس به والمراد بالمقام
المذكور في الكتاب مكان الاقدام اذا امكن الاطلاع على حاله بالفرجة على ما ذكرنا لم يكره وانما قيد قوله
ان يكون الامام بقوله وحده اشارة الى انه لو كان معه بعض القوم لم يكره وانما قال على الدكان ظاهر الرواية
احترازا عما ذكر الطحاوي انه لا يكره لان المعنى الاول وهو التشبه بصنيع اهل الكتاب فانهم لا يفعلون ذلك
ولم يذكر في الكتاب مقدار ارتفاع الدكان وذكر الطحاوي انه مقدر بقامة الرجل وهو مروي عن ابي يوسف
وقيل مقدر بمقدار ما يقع به الامتياز وقيل بذراع اعتبارا بالسترة وعليه الاعتماد وهذا اذا لم يكن عذر
واما اذا كان كما في الجمعة يقوم الناس على الرفوف والامام على الارض لضيق المكان في الجامع فلا يكره **وقوله**
ولا بأس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث ظاهر وانما المكروه ان يصلي الى وجه غيره لما روي ان عمر رضي
الله عنه رأى رجلا يصلي الى وجه غيره فعلاهما بالدرة وقال للمصلي استقبلت الصورة في صلاتك وقال
للقاعد استقبلت المصلي بوجهك فعلم ان ذلك مكروه ويعلم من قوله الى ظهر رجل يتحدث انه لا بأس بان
يصلي بقرب قوم يتحدثون ومن الناس من كره ذلك لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يصلي الرجل
وعنده قوم يتحدثون او نائمون ولنا ما روي عندنا اذا رفعوا اصواتهم على وجه يخاف وقوع الغلط في
الصلاة او يخاف ان يظهر صوت من النائمين فيضحك في صلاته فان لم يكن كذلك فلا بأس به والدليل
على انه لا يكره عند الامن عن ذلك ما روي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يصلون وبعضهم
كانوا يقرءون وبعضهم كانوا يتعلمون الفقه وبعضهم كانوا يذكرون المواعظ فلم يمنعهم رسول الله صلى الله عليه
وسلم **وقوله** ولا بأس بان يصلي وبين يديه سيف معلق انما اورد هذه المسألة لان من العلماء
من كره ذلك فقال السيف آلة الحرب وفي الحديد بأس شديد فلا يليق تقديمه في مقام الابتهال قيل
هو قول ابن عمر رضي الله عنهما وفي استقبال المصحف تشبه باهل الكتاب فانهم يفعلون ذلك بكتبهم
وقيل هو قول ابراهيم النخعي وما ذكره في الكتاب من الدليل ظاهر **وقوله** ولا بأس بان يصلي على بساط
فيه تصاوير التصاوير ما يصور مشبها بخلق الله تعالى اعم من ان يكون من ذوات الروح او لا **وقوله** واطلق
الكراهة في الاصل اي لم يفصل في المبسوط في حق الكراهة بين ان يسجد على الصورة او لا يسجد
والمذكور في الجامع الصغير انه ان كان في موضع سجوده يكره لما فيه من التعظيم له وان كان في موضع جلوسه
وقيامه لا يكره لما فيه من الاهانة به ووجه ما في الاصل ما ذكر ان المصلي معظم بلفظ المفعول فيما دونه
ان البساط الذي اعد للصلاة معظم من بين سائر البسط فاذا كان فيه صورة كان نوع تعظيم لها ونحن امرنا
باهانتها فلا ينبغي ان يكون في المصلى مطلقا سجد عليها او لم يسجد **وقوله** لحديث جبريل روي ان جبريل
عليه الصلاة والسلام استأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ادخل فقال كيف ادخل بيتا فيه ستر عليه تماثيل

حيوان او رجال اما ان يقطع راسها او يجعل بساطا توطأ انا معاشر الملائكة لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة
وقوله لانه اصغار جدا لا يعبد وقد روي انه كان على خاتم ابي موسى ذبابتان وكان لابن عباس رضي الله عنهما
كانون محفوف بصور صغار **وقوله** واذا كان التمثال مقطوع الراس اي ممحوا ومتى فسره بهذا اشارة الى انه لو قطع
راسه بخيط من الحلقوم كانت الكراهة باقية لانه من الطير ما هو مطوق انما يمحو راسه بحيث لا يرى لا يكره لما ذكر
انه لا يعبد بلا راس فكان كالجمادات فصار كالصلاة الى شمع او سراج فيه انهما لا يعبدان وانما قال على ما قالوا لما ذكر انهما
لا يعبدان **وقوله** ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة وحكي عن الحسن البصري وعطاء رضي الله عنهما
دخلا بيتا فيه بساط عليه تصاوير فوقف عطاء وجلس الحسن البصري وقال تعظيم الصورة في ترك الجلوس عليها
وقوله واشدها اي اشد الصور كراهة يشير الى ان الكراهة معلول بالتشبيه بحيث يختلف احاديها بالشدة
والضعف وقيل اذا كانت خلف المصلي لا يكره الصلاة ولكنه يكره كونه في البيت لان تنزيه مكان الصلاة عما
يمنع دخول الملائكة مستحب **وقوله** وتعاد على وجه غير مكروه اي تعاد الصلاة للاحتياط على وجه ليس فيه
كراهة وهو الحكم في كل صلاة اديت مع الكراهة كما اذا ترك واجبا من واجبات الصلاة **وقوله** ولا يكره تمثال غير
ذي الروح لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه نهى مصورا عن التصوير فقال كيف اصنع وهو كسبي قال
ان لم يكن لك بد فعليك بتمثال الاشجار وفي هذا اشارة الى ان التمثال والصورة واحد ومنهم من قال التمثال
ما يصور على الجدار والصورة ما على الثوب والبسط والبس **وقوله** ولا باس بقتل الحية والعقرب في الصلاة لم يفرق
بينهما اذا امكنه القتل بضربة واحدة ويشير الى ما احتاج الى ضربات وهو اختيار شمس الائمة السرخسي لان قوله صلى الله
عليه وسلم اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلاة لم يفصل ومنهم من قال ان امكنه القتل بضربة فعل وان مرت
استقبل الصلاة لانه عمل كثير والجواب انه عمل كثير رخص فيه للمصلي فهو كالمشي بعد الحدث والاستقاء من البئر
والتوضي وفي كلام المصنف ما ينبو عن هذا لانه قال ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار فانه يشير الى انه
ليس كالمشي بعد الحدث وغيره لان ذلك لاصلاح الصلاة دون هذا **وقوله** ويستوي جميع انواع الحيات التي
تسمى جنية وغيرها **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول الفقيه ابي جعفر الهندواني منها ما يكون من سواكن البيوت
وهي جنية فمنها ما لا يكون منها والاولى هي التي تكون صورتها بيضاء لها ضفيرتان وتمشي مستوية وقتلها لا يباح
لقوله صلى الله عليه وسلم اياكم والحية البيضاء فانها من الجن من غير فصل بين ان تكون في الصلاة او غيرها فلا تقتل
في غيرها ايضا الا بعد الاعذار والانذار بان يقال خل طريق المسلمين فان ابى قتل والثانية هي التي تضرب
لونها الى السواد وفي مشيها التواء وقال الطحاوي رحمه الله لا فرق بينهما فاسد لان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ
على الجن العهود والمواثيق ان لا يظهروا لامته في صورة الحية ولا يدخلوا بيوتهم فاذا نقضوا العهد يباح قتلها
وهو اختيار شمس الائمة والمصنف رحمه الله اطلق ما رويناه ويكره عد الاي والتسبيحات في الصلاة اطلق
الصلاة اشارة الى ان العد مكروه في الفرائض والنوافل جميعا وكذا عد السور باتفاق اصحابنا في ظاهر الرواية
الرواية لان العد ما كيد لا باس به وقيد باليد لان الغمز برؤوس الاصابع والحفظ بالقلب غير مكروه بالاتفاق واحترز
عن العد باللسان فانه يفسد الصلاة وقيد بالصلاة احترازا عن خارج الصلاة لما ذكر فخر الاسلام ان عد
التسبيح في غير الصلاة بدعة وكان السلف يقولون نذنب ولا نحصي ونسبح ونحصي وقيد بالتسبيح لان الاي
احترازا عن عد الناس وغيرهم فانه يكره بالاتفاق وكلام المصنف يدل على ان الخلاف بينهم في الفصلين في النوافل
جميعا وقيل الخلاف في المكتوبة واما النوافل فلا خلاف انه لا يكره وقيل الخلاف في النوافل ولا خلاف في
المكتوبة انه يكره لهما ان المصلي قد يحتاج الى ذلك عملا بما امر السنة وهي ان يقرا ثلاث ايات في الفرائض
ويعمل بما جاءت به السنة في صلاة التسبيح فانه يسبح فيها عشرا عشرا فلا باس بالعد حينئذ ولابي حنيفة رضي
الله عنه انه يمكنه ان يفعل ذلك قبل الشروع في الصلاة واما في صلاة التسبيح فلا ضرورة ايضا الى العد باليد لانه

يحصل العد دون الاصابع فيستغني عن العد بيده **فصل** لما فرغ من بيان الكراهة في الصلاة شرع
في بيانها خارج الصلاة والخلاء المتوضأ والمقصود البيت ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك رواه سلمان رضي الله عنه وانما قيد بالخلاء لان كان في الصحراء اكره كما
فيه خلاف الشافعي فانه يقول انما يكره اذا كان في الصحراء كما في الامكنة فلا وفي الاستدبار روايتان وذكر في الكتاب
قوله لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز
لها وما ينحط منه ينحط اليها فان قيل كيف يعارض هذا الحديث حديث عمر وابي هريرة رضي الله عنهم
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تستقبلوا القبلة لغائط او بول ولا تستدبروها ولكن شرقوا او
غربوا اجيب بانه محمول على ان المراد به اهل المدينة لانهم اذا استدبروا صاروا متوجهين الى
بيت المقدس فكان مكروها تعظيما لبيت المقدس او على انه يكون واقفا قبالة عند التغوط **وقوله**
ويكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء من سطحه بمن فيه ولا يبطل الاعتكاف بالصعود
اليه اي الى اتخاذ المسجد في البيت فانه يستحب لكل انسان ان يتخذ في بيته للصلاة مكانا يصلي فيه النوافل
والسنن قال الله تعالى في قصة موسى عليه الصلاة والسلام واجعلوا بيوتكم قبلة قيل هو عبارة عن ترك
الصلاة في البيت **وقوله** لانه اي الغلق يشبه المنع من الصلاة وهو حرام قال الله تعالى ومن اظلم
ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه وقيل لا باس به اي بغلق باب المسجد اذا خيف على متاعه في غير
اوان الصلاة لاختلاف احوال الناس بحسب اختلاف الزمان الا ترى ان النساء كن يحضرن الجماعات ثم
منعن من ذلك وكان المنع صوابا وكذلك اغلاق باب المسجد في زماننا والتدبير فيه الى اهل المحلة فانهم
اذا اجتمعوا على رجل وجعلوه متوليا بغير امر القاضي يكون متوليا **وقوله** ولا باس بان ينقش المسجد
بالجص انما ذكر هذه المسألة بهذه العبارة لاختلاف الناس فيها فمنهم من كره ذلك لان عليا رضي الله عنه
رأى في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزينه في خلافته ولان في تزيينه ترغيب الناس في الاعتكاف والجلوس
في المساجد لانتظار الصلاة وذلك لا محالة حسن وقال شمس الائمة السرخسي في قوله لا باس اشارة الى انه
لا يؤجر عليه ولا يأثم به وقيل هو قربة لان الله تعالى حث على عمارة المسجد بقوله تعالى انما يعمر مساجد الله من امن بالله
واليوم الاخر والكعبة مزخرفة بماء الذهب والفضة مستورة بالديباج والحرير **وقوله** فهذا اشارة الى
لا باس يعني انما يكون لا باس به اذا فعل ذلك من تصحيح فعل من ماله لنفسه اما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع
الى احكام البناء لا نحو التجصيص دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل ذلك ضمن والله تعالى اعلم

باب صلاة الوتر

لما فرغ من بيان الفرائض وما يتعلق بها من بيان اوقاتها وكيفية ادائها والاذان لكمال الفرائض
شرع في بيان صلاة هي دون الفرض وفوق النفل وهي صلاة الوتر والدليل على انها كذلك المناسبة
ايراد النوافل بعدها لكون الواجب بين الفرض والنفل كما تحققه الوتر عند ابي حنيفة رحمه الله واجب
فيقل في الوتر روايات منصوص عليها في الظاهر ولكن روى ابو يوسف بن خالد السمتي عن ابي حنيفة
انها واجبة وهو الظاهر من مذهبه وروى نوح بن ابي مريم عنه انها سنة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد
والشافعي وروى حماد بن زيد عنه انها فريضة وبه اخذ زفر قالوا اظهر الاقاويل فيها حنيفة لا يكفر جاحده

لا الفقهاء الثلاثة المذكورة

ولا يؤذن له فيكون سنة **واعترض** عليه بانه منتقض بالزلزلة فانه لما ثبت انه فعل بعد اداء الواجبات
فيه حتى لا يكفر جاحده ولا يؤذن له فيكون واجبا كصلاة العيد **واجيب** بانا لا نسلم ان صلاة العيد
واجبة شكّا لكن المجموع من اثار السنن ولا نسلم ان صلاة العيد ليس لها اذان بل قولهم الصلاة يرحمكم الله
اذان لها وفيه نظر ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى زادكم صلاة الا وهي الوتر رواه ابو
نصر البخاري رضي الله عنه ووجه الاستدلال من اوجه احدها انه اضاف الزيادة الى الله والسنن انما
تضاف الى رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني انه قال زادكم والزيادة انما تتحقق في الواجبات لانها محصورة
بعدد لا في النوافل لانه لا نهاية لها والثالث ان الزيادة انما تتحقق في الواجبات لانها محصورة ~~[illegible]~~
~~[illegible]~~ تتحقق اذا كان من جنس المزيد عليه لا يقال الزيادة عنها فاذهب هبة
متكلة ولا يقال زاد على الهبة اذا باع والمزيد عليه فرض فكذا الزايد الا ان الدليل غير قطعي فصار واجبا
والرابع الامر فانه للوجوب **وقوله** فلهذا الى وكونه واجبا يجب القضاء بالاجماع فان الشافعي لا يعيد [illegible]
بالاجماع قيل المراد بالاجماع اجماع اصحابنا على ظاهر الرواية فانه نقل عن ابي يوسف انه لا يقضى خارج الوقت
وعن محمد انه قال احب الي ان يقضي ومن المراد بالاجماع اجماع السلف لكن لم يثبت الا بطريق الاحاد **وقوله** وانما
يكون جواب عن قولهما حيث لا يكفر جاحده **ووجهه** انما يكفر اذا كان الدليل قطعيا وليس كذلك لان وجوبه
ثبت بالسنة يعني غير المتواتر والمشهور وكلامه يشير الى ان وجوبه لو ثبت بغير السنة كفر جاحده وفيه
نظر لانه كان فرضا لا كفر جاحده في الجملة كلامه في هذا الموضع لا يخلو عن تسامح ولكن المراد كونه **وقوله**
وهو اي كون وجوبه ثبت بالسنة هو المعنى عما روي عنه انه سنة **وقوله** وهو يؤدي في وقت العشاء فاكتفى
بالاذان والاقامة اي العشاء وانه متصل جواب عن قولهما لا يؤذن له وقد علمت ما يرد عليه **قال** والوتر ثلاث
ركعات الوتر عندنا ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام وقال الشافعي في قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك
لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله وتر يحب الوتر ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يوتر بثلاث وحكى الحسن البصري اجماع المسلمين على الثلاث وهو مذهب ابي بكر وعمر والعبادلة وابي هريرة
رضي الله روي ان عمر رضي الله عنه راى سعدا يوتر بركعة فقال ما هذه البتيراء لتشفعنها او لاؤدبنك وانما قال
ذلك لان الاثر اشتهر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن البتيراء ولا حجة فيما روي لان الله تعالى وتر يحب
لا من حيث العدد فان قيل قد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من احب ان يوتر بخمس فليفعل وروي
انه اوتر بسبع وتسع واحدى عشرة فما وجهه اجيب بانه يجوز ان يكون ذلك قبل استقرار الوتر او يحمل على
انه يتنفل بركعتين ويوتر بالثلث وكذا غيره ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي في قوله الذي يرا فتيا به
فيه على الخلاف يقنت فيها بعد الركوع لما روي انه صلى الله عليه وسلم قنت في اخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روي
ان ابن مسعود رضي الله عنه بعث امه لتراقب وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت انه اوتر بثلاث ركعات قرا
في الاولى سبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية قل يا ايها الكافرون وفي الثالثة قل هو الله احد وقنت قبل الركوع
وهكذا حكى ابن عباس رضي الله عنهما والجواب عما روي انه قنت في اخر الوتر ان ما زاد على نصف الشيء فهو اخره
في جميع السنة خلافا للشافعي فانه يقول يقنت في النصف الاخير من رمضان لا غير لما روي ان عمر امر ابي بن كعب
بالامامة في ليالي رمضان وامره بالقنوت في النصف الاخير منه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للحسن حين علمه دعاء
القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل وتاويل ما روي عن عمر رضي الله عنه ان المراد بالقنوت طول القراءة
في الصلاة ولئن سلمنا ان المراد به القنوت المتنازع فيه فذلك اثر الصحابي يعارضه ظاهر الحديث فلا يصلح الاحتجاج به لا يقال

وقاله

قوله وفيه نظر لان مرادهما الاذان المعهود للجمع الاعلام سعد [illegible]

قوله والزيادة انما تتحقق في الواجبات لانها محصورة بعدد [illegible]

فانه لا يقنت في الوتر في جميع السنة الا في النصف الاخير من رمضان [illegible]

انما احتج بالاجماع معنى فانه ابيا رضي الله عنه ~~[illegible]~~ كان بمحضر من
الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع لان خلاف ابن عمر رضي الله عنهما قد ثبت حيث قال لا اعرف القنوت
الا طول القيام ومع خلافه لا ينعقد الاجماع ويقرا في كل ركعة من الوتر بالاجماع اما عند من يقول بكونه
سنة فلانه وجوبه لما كان بالسنة وجبت القراءة في الجميع احتياطا لانها لا تفيد القطع واستدل
المصنف بقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن انما هو على وجوب القراءة مطلقا واما على تعيين
الفاتحة وضم السورة اليها فلا دلالة للاية على ذلك بل بما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه
دليل على ذلك وانما قال لا يعين سورة بعينها يقراها على الدوام فقد تقدم الكلام فيه وقوله الى التكبير
لما ورد من حديث ابن مسعود رضي الله عنه في بعض الروايات كما رويناه واذا اراد ان يقنت كبر لان
الحالة قد اختلف من حقيقة القراءة الى شبهها والتكبيرات شرعت عند اختلاف الحالات كالقيام والركوع
والسجود وقيل التكبير مشروع عند اختلافها فعلا كالخفض والرفع لا قولا الا ترى انه لا يكبر بعد
الانتقال من الاستفتاح الى القراءة وان اختلف الحال من الثناء الى القراءة والحنث بانه ثبت رفع اليد
في هذه الحالة بقوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن ورفعها بغير تكبير غير مشروع في
الصلاة كما في تكبيرة الافتتاح وتكبيرات العيدين فكان التكبير ثابتا به وهو من باب الاستحسان لان
القياس يقتضي خلافه لان مبنى الصلاة على السكينة والوقار وقد ذكرنا المواطن فيما تقدم على ما قيل
النقاع والمراد بنفي رفع الايدي على سبيل الحصر انه لا يرفع على وجه سنة الهدي الا في سبع مواطن
لا نفيه مطلقا لان رفعها عند الدعاء مستحب وعليه المسلمون في عامة البلاد وليس في القنوت دعاء
معين سوى قوله اللهم انا نستعينك لان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على هذا القنوت والاولى ان ياتي
بعده بما علم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي رضي الله عنهما في قنوته اللهم اهدني فيمن هديت
الى اخره ولا يقنت في صلاة غيرها خلافا للشافعي في الفجر قال ابو نصر البغدادي القنوت في الجنة عندنا [illegible]
غيرها ان حدث حادثة [illegible] له لانه احتج بحديث انس رضي الله عنه كان النبي صلى الله
عليه وسلم يقنت في صلاة الفجر الى ان فارق الدنيا ولنا ما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه
وسلم قنت في صلاة الفجر شهرا او قال اربعين يوما يدعو على رعل وذكوان وعصية حين قتلوا القراء
وهم سبعون رجلا او نحو ذلك وقيل فلما نزل قوله تعالى ليس لك من الامر شيء او يتوب عليهم ترك ذلك فان
قنت الامام في صلاة الفجر سكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يتابعه لانه تبع لامامه
المتابعة والقنوت مجتهد فيه فلا يترك الاصل بالشك ولهما انه منسوخ لما روي انه صلى الله عليه وسلم قنت
شهرا ثم تركه ولا متابعة في المنسوخ واذا لم يتابعه ماذا يفعل قال بعضهم يقف قائما ليتابعه فيما يجب
متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة وهي مفسدة للصلاة لان المخالفة فيما هو من الاركان او الشرائط
مفسدة لا في غيرها والايقال الساكت اذا كان الداعي يتبع له لانعكاسه لان السكوت موجود في القعود ايضا
لان السكوت انما يكون دليل المشاركة اذا لم يوجد المخالفة وقد وجدت لانه قاعد وامامه قائم قال المصنف
والاول اظهر لان فعل الامام يشتمل على مشروع وغيره فما كان مشروعا يتبعه فيه وما كان غير مشروع
لا يتبعه وقال بعضهم يسلم قبل الامام لان الامام اشتغل بالبدعة فلا معنى لانتظاره ولم يذكره المصنف
لانه مخالفة ظاهرة للامام فيما هو مشروع وهو السلام ودلت المسألة على جواز الاقتداء بالشفعوية يعني
ان هذه المسألة تدل على شيئين احدهما ان اقتداء حنفي المذهب جائز والثاني ان المقتدي

يتابع امامه في قراءة القنوت في الوتر وذكر لان الخلاف في المتابعة في قنوت الفجر مع انه اتباع في الخطأ
اجماع على المتابعة في الدعاء للمسنون لان قنوت الوتر صواب بيقين وقال ابو الليث الاقتداء بشافعي المذهب
جائز من غير ان يطعن في دينهما لما روي محمد النسفي في كتاب سماه كتاب الشفاع عن ابي حنيفة ان من رفع
يديه عند الركوع وعند رفع الرأس منه تفسد صلاته وجعل ذلك عملا كثيرا فصلاتهم فاسدة عندنا فلا يصح
الاقتداء بهم وفيه نظر لان فساد الصلاة عند رفع الرأس من الركوع برفع اليدين لا يمنع صحة الاقتداء في اول
صلاة الامام اذ ذاك ثم قوله بالشفعوية خطأ من حيث اللغة لان النسبة الى الشافعي شافعي بحذف ياء النسبة
من المنسوب اليه **وقوله** واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلاته يعني ان الاقتداء انما يصح اذا لم يعلم من
الخلاف بان يتوضأ في الخارج النجس من غير السبيلين وان لا ينحرف عن القبلة انحرافا فاحشا وان لا يكون شاكا
في ايمانه وان لا يتوضأ في الماء الراكد القليل وان يغسل ثوبه من المني ان كان رطبا او يفرك اليابس منه وان
لا يقطع الوتر ويراعي الترتيب في الفوائت وان يمسح ربع رأسه فان علم منه شيئا موجبا للفساد لا يصح الاقتداء
وان لم يعلم جاز ويكره هذا حكم الفساد الراجع الى زعم المقتدي ولم يذكر حكم الفساد الراجع الى زعم الامام وقد اختلف
مشايخنا في ذلك فقال الهندواني وجماعة ان المقتدي ان رأى اذا امامه مس امرأة ثم لم يتوضأ لا يصح
الاقتداء به وذكر التمرتاشي ان اكثر مشايخنا جوزوه وقال صاحب النهاية فقول الهندواني اقيس لان زعم الامام
ان صلاته ليست بصلاة فكان الاقتداء حينئذ بناء الموجود على المعدوم في زعم الامام وهو الاصل فلا يصح الاقتداء
والمختار في القنوت الاخفاء مطلقا سواء كان القانت اماما او مقتديا او منفردا لانه دعاء وخير الدعاء الخفي
ومنهم من يختار الجهر بالقنوت لان له شبهة القرآن فان الصحابة اختلفوا في اللهم انا نستعينك انه من القرآن

باب النوافل

لما فرغ من بيان الفرض والواجب شرع في بيان السنن والنوافل وترجم الباب بالنوافل لكونها اعم وقدم
السنن على النوافل وهي فيه صحيح وابتدأ بذكر سنة الفجر لكونها اقوى قال النبي صلى الله عليه وسلم صلوها ولو طردتكم
الخيل والمناسب ذكر المواقيت فانه قدم ذكر سنة الظهر لانه السنة تبع الفرض واول صلاة فرضت على النبي
صلى الله عليه وسلم صلاة الظهر ثم اختلفوا بعد سنة الفجر في الاقوى فقال الحلواني سنة المغرب لان النبي
صلى الله عليه وسلم لم يدعها في سفر ولا حضر ثم التي بعد الظهر لكونها متفقا عليها والتي قبلها مختلف فيها
ثم التي بعد العشاء ثم التي قبل الظهر ثم التي قبل العصر ثم التي قبل العشاء وقيل التي قبل الظهر اكد من غيرها بعد سنة
الفجر قيل وهو الاصح لان فيها وعيدا معروفا قال النبي صلى الله عليه وسلم من ترك اربعا قبل الظهر لم تنله شفاعتي
وقال الحلواني الافضل من السنن المذكورة الا التراويح لان فيها اجماع الصحابة رضي الله عنهم وقيل الصحيح ان الكل
سواء ولا يختص الفضيلة بوجه دون وجه ولكن الافضل ما يكون العمل فيه ابعد من الرياء واجمع للاخلاص فيكون ذكر في الكتاب
واضح **وقوله** والاصل فيه اي في هذا العدد المذكور قوله صلى الله عليه وسلم من ثابر والمثابرة المواظبة
السنة ما واظب النبي صلى الله عليه وسلم مع تركه وهذا اي النبي صلى الله عليه وسلم انما ذكر في الكتاب يعني المبسوط
او مختصر القدوري قوله عندنا لم يذكر الاربع قبل العصر يعني ما هو المذكور في حديث المثابرة فان المذكور في
الكتاب ثنتا عشرة ركعة **وقوله** فلذلك سماها اي الاربع قبل العصر ركعتين **وقوله** والافضل هو الاربع
لانه اكثر عددا وادوم تحريمة فكان اكثر ثوابا **وقوله** ولم يذكر اي النبي صلى الله عليه وسلم الاربع قبل العشاء فلهذا

كان قبل العشاء كان مستحبا لعدم المواظبة وفي كلامه تسامح لانه قال ولهذا اي ولانه لم يذكر اي النبي صلى الله
عليه وسلم الاربع قبل العشاء كان مستحبا فقوله لعدم المواظبة علة اخرى لكونه مستحبا وهو غير صحيح ويجوز ان
يقال انما لم يذكر في حديث المثابرة لعدم المواظبة وذكر فيه اي في حديث المثابرة ركعتين بعد العشاء في غيره
اي في غير حديث المثابرة وهو ما روي عن ابن عمر موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم من
صلى بعد العشاء اربع ركعات كن كمثلهن من ليلة القدر وذكر الاربع فلهذا اي للاختلاف في الفاظ الحديث
بين الاربع والركعتين خير محمد بن الحسن او القدوري بقوله واربع بعدها وان شاء ركعتين **وقوله** الا ان الاربع
افضل خصوصا على اشارة الجامع قال بعض مشايخنا انما ذكر في الكتاب بقوله انه يصلي ركعتين بعد العشاء قول
ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فالافضل ان يصليها بعد العشاء جعل هذه وغيرها بمنزلة اخرى وهي انه
صلاة الليل مثنى مثنى افضل والاربع بتسليمة واحدة عنده اي الاربع افضل عندهما ايضا مثنى وهي صحيحة لان
محمدا جعله بمنزلة صلاة الليل فلم يجعله من السنن المؤكدة لانه قال ان فعل حسن والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة
عندنا كذا لانه النبي صلى الله عليه وسلم وروى ابو ايوب الانصاري ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي بعد
الزوال اربع ركعات فقلت ما هذه الصلاة التي تداوم عليها فقال هذه ساعة تفتح فيها ابواب السماء واحب
ان يصعد لي فيها عمل صالح فقلت افي كلهن قراءة قال نعم فقلت ابتسليمة او بتسليمتين فقال بتسليمة واحدة وقال الشافعي
يؤديها بتسليمتين وهو افضل واحتج بما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصليهن بتسليمتين
وروي انه صلى الله عليه وسلم قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى **والجواب** عن الاول انه يعني قوله بتسليمتين
اي بتشهدين من باب ذكر الحال وارادة المحل وقد روي هذا التأويل عن ابن مسعود وعن الثاني بان المشهور
صلاة الليل مثنى مثنى والنهار غريب وليس بثبت فمعناه شفع لا وتر **قال** ونوافل النهار اختلف
العلماء في كمية النفل ليلا ونهارا بحسب الكراهة والافضلية فالاباحة في النهار في ان يصلي ركعتين بتسليمة
او اربعا وتكره الزيادة على ذلك قال في المبسوط واما في الليل فانه يصلي ثماني ركعات بتسليمة وتكره الزيادة
على ذلك قال في النهاية لان تخصيصه ابا حنيفة بهذا الحكم لان كلا الحكمين الجواز في نافلة الليل الى الثمان
بغير كراهة والكراهة فيما وراءها اتفاق في عامة روايات الكتب وقلت يجوز ان يكون ذكر ابي حنيفة
للاحتراز عن قول الشافعي فانه يقول لا يزيد على اربع ولو زاد كره له ذلك **وقوله** وقالا لا يزيد بالليل
على ركعتين بتسليمة يفهم منه انه لا يزيد على ذلك من حيث الاباحة وليس كذلك بل لا يزيد عليهما من حيث
الافضلية لان الزيادة عليهما ليست بمكروهة بالاتفاق في الليل على ما ذكرنا وفي الجامع الصغير لم يذكر
الثماني في صلاة الليل وانما ذكر الست ودليل الكراهة ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يزد على ذلك ولولا
الكراهة لزاد تعليما للجواز وهذا اختيار القدوري وفخر الاسلام وقال شمس الائمة الاصح انه لا يكره الزيادة
على ثمان ركعات لانه روي انه صلى الله عليه وسلم صلى ثلاث عشرة ركعة فيكون ثماني صلاة الليل وثلاث
وتر وركعتان سنة الفجر وكان يصلي هذا كله في الابتداء قبل البعض وفيه نظر لان كلامنا فيما يكون
بتسليمة واحدة وليس فيما ذكرنا يدل على ذلك واما الافضلية فما ذكر ان الافضل في الليل عند ابي يوسف
ومحمد مثنى مثنى والتكرار للتأكيد او معناه مثنى مثنى اثنين اثنين وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي مثنى
مثنى فيهما وعند ابي حنيفة اربع اربع فيهما للشافعي قوله صلى الله عليه وسلم صلاة الليل والنهار مثنى مثنى
وكلامه ظاهر **وقوله** والتراويح يؤدي بجماعة جواب عن اعتبارهما بالتراويح فراعى فيها جهة التيسير
بالقطع بالتسليمة على رأس الركعتين لان ما كان ادوم تحريمة كان اشق على الناس **وقوله** ومعنى ما رواه
شفع جواب عن حديث الشافعي وقد ذكرناه

فصل

لما فرغ من بيان الصلوات المفروضات
والواجبات والنوافل على الترتيب شرع في بيان القراءة التي تختلف وجوبها بحسب اختلاف هذه الصلوات

واعلم ان مسئلة القراءة في الرباعية مختلفة فعندنا هي فرض في الركعتين وقال الشافعي في الركعات
كلها وقال مالك في ثلاث ركعات وقال الحسن البصري في ركعة واحدة وقال ابو بكر الاصم القراءة في الصلاة سنة
كسائر الاذكار وهذا لان سائر الاذكار حين شرع شرع سنة وجبت المحافظة بها على كل حال ومن نفى
الجهر بالقراءة في اكثر الصلوات بل في كلها من حيث الاصل فلو كانت سنة لكانت مخافتة لان مبنى النفل
على الخفية والكتمان على انه مخالف لظاهر النص وخرق الاجماع ووجه قول الحسن ان قوله تعالى فاقرؤا
ما تيسر من القرآن امر وهو لا يقتضي التكرار الا انه يلزم في الركوع والسجود فان التكرار فيهما لانه ثبت
ذلك بفعل النبي صلى الله عليه وسلم **والجواب** عنه القول بالموجب وهو انا نسلم ذلك لكنه لا ينافيه
فيجوز ان يثبت بدليل اخر كما سنذكره ووجه قول مالك ان القراءة تجب ان تكون في الجملة في جميع الركعات
بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراءة ولكن اقيم الاكثر مقام الكل تيسيرا ووجه قول الشافعي الحديث وذلك
لان كل ركعة صلاة بدليل انه لو حلف لا يصلي فصلى ركعة حنث ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن
علمنا تقدم ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار على ما عرف في الاصول وما ذكر خبر واحد لا يعارضه ولا يزاد على الكتاب به
وانما اوجبناها في الثانية استدلالا بالاولى لانهما بالدلالة لانهما اي الاولى والثانية تتشاكلان من كل وجه
فان قيل لا نسلم ذلك لانهما يفترقان من حيث الثناء والتعوذ والتسمية لكن يجاب بان ذلك امر زائد والاعتبار
بالاركان فاما الاخريان وفي بعض النسخ الاخروان وهو لحن لان الالف اذا كانت ثالثة ردت الى اصلها في التثنية
كعصوان ورحيان وان كانت رابعة تقلب بالياء فيفارقانهما اي الاوليين في حق السقوط وصفة القراءة و
وقدرها فانه لا يضم السورة الى الفاتحة فلا يلحقان بهما **وقوله** والصلاة جواب عما رووه من الحديث
تقريره ان قوله لا صلاة مصدر منكر صريحا فصار كمن حلف لا يصلي وذلك ينصرف الى الركعتين فاذا كان هكذا
فان قيل بصلاة نكرة في سياق النفي فيعم كل فرد من افرادها لغة او شريعة لا سبيل الى الاول لان حقيقتها
لغة الدعاء وليست القراءة شرطا في فرد من افراد الدعاء الى ان يسلم لكن الركعة الواحدة ليست من الافراد شرعا
لنهيه صلى الله عليه وسلم عن البتيراء قلنا ان نقول لا نسلم بموجب العلة اي سلمنا ان لا صلاة الا بقراءة لكن الكلام في ان
القراءة في الاوليين قراءة في الاخريين وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء قرأ فاتحة الكتاب
قيل على جهة الثناء لا على جهة القراءة وبه اخذ بعض المتأخرين من اصحابنا وان سكت مقدار تسبيحة وان شاء
سبح ثلاث تسبيحات كما روي عن ابي حنيفة وهو مأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم فقد روي
عنهما انهما كانا يسبحان في الاخريين وسأل رجل عائشة عن قراءة الفاتحة في الاخريين فقالت اقرأ ولتكن على
جهة الثناء الا ان الافضل ان يقرأ لان النبي صلى الله عليه وسلم داوم على ذلك يعني بركة والا لكان واجبا ثم لعله
اي فلو ترك قراءة الفاتحة على وجه الافضلية لا يجب سجدة السهو بتركها في ظاهر الرواية وروى الحسن عن
ابي حنيفة انه ان لم يقرأ ولم يسبح عمدا كان مسيئا وان سها عن ذلك وجب عليه سجدة السهو لان القيام في
الاخريين مقصود فيكره اخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعا وظاهر الرواية اصح لان الاصل في القيام القراءة فاذا
سقطت بقي القيام المطلق فكان كقيام المقتدي ثم اعلم ان المصنف قال في اول الفصل القراءة واجبة في
الركعتين فلم يقل في الاوليين لانها فرض في ركعتين لا بعينهما ان شاء قرأ في الاوليين وان شاء قرأ في الاخريين
وان شاء في الاولى والرابعة وان شاء في الثانية والثالثة والافضل ان يقرأ في الاوليين وقال في خلاصة الفتاوى
واجبات الصلاة عشرة فذكر منها تعيين القراءة في الاوليين **وقوله** والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي
جميع الوتر ظاهر **وقوله** فلهذا اي ولكون كل شفع منه صلاة على حدة لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان وان نوى اكثر
من ذلك في المشهور عن اصحابنا وانما قيد بالمشهور احترازا عن قول ابي يوسف وقد علمنا شيئا في **وقوله** ولهذا
اي ولان القيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة قالوا يستفتح في الثالثة اي يقرأ سبحانك اللهم وبحمدك كما في الابتداء

واستشكل على هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف فانهما لم يجوزا بترك القعدة الاولى في التطوعات فلو كان كل شفع
منها صلاة على حدة لما جازت تلك الصلاة بترك القعدة الاخيرة التي هي فرض **والجواب** انه وجه القياس وهو
قول زفر ورواية عن محمد وفي الاستحسان لا تفسد لان الفرض هو القعدة الاخيرة واذا قام الى الثالثة وهو
مشروع بالاجماع اشبه صلاة نفسه هذه صلاة الفجر من حيث ان كل شفع منها صلاة على حدة وصلاة الظهر
من حيث ان الاربع مشروع كالركعتين وقد دخل في الشفع الثاني فبالنظر الى الشبه الاول تفسد صلاته لانه
ترك القعدة الاخيرة وهي فرض وبالنظر الى الثاني لا تفسد لان القعدة المتروكة ليست بالاخيرة فلا تفسد بالشك
ويؤمر بالعود الى القعدة ما لم يسجد نظرا الى الشبه الاول فلم يؤمر به بعد السجود لتأكد الشبه الثاني به واوجبنا القراءة
على كل حال لانها ركن مقصود لعينها واما القعدة فانما شرعت للتحلل والفصل بين شفعين فاعتبرنا فيها رعاية الشبهين
ثم بعد هذا وجوب القراءة في جميع ركعات الوتر فان القراءة في الصلاة ركن مقصود لعينها وكونه فرضا ثبت بالشبهة
ففيه احتمال النفل فيجب القراءة في الجميع احتياطا **قال** ومن شرع في نافلة ثم افسدها هذه هي المسئلة المشهورة
في ان الشروع في النفل صلاة كان او صوما يلزم عندنا خلافا للشافعي والعلماء اوردوا هذه المسئلة في كتاب
الصوم لان الآثار التي يحتج بها من الجانبين انما وردت فيه لكن الشيخ ابا الحسين القدوري لما ذكر المسئلة
فيهما جملة اورد بعضها في كتاب الصلاة وتابعه المصنف قال الشافعي رحمه الله المتنفل متبرع فيه اي في فعله
وهو واضح ولا لزوم على المتبرع لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل كمن شرع في صلاة النفل ناويا اربعا فصلى
ركعتين كان مخيرا في الشفع الثاني والجواب ان لا لزوم على المتبرع قبل شروعه او بعده والاول مسلم والثاني ليس الكلام
فيه والثاني فيه النزاع والآية محمولة على الاول وتقريرنا ان كل شفع من النفل صلاة على حدة فلم يوجد الشروع
في الشفع الثاني حتى يكون ملزما ولنا ان المؤدى وقع قربة بتسليمه مستحقه وكلما وقع قربة لزم اتمامه
ضرورة صيانته عن البطلان لقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم فان قيل المؤدى لا يخلو اما ان يكون عبادة
اولا فان كان الاول فلا احتياج الى الزام الباقي لان المشروع فيه عبادة وصلت الى مستحقها وان كان الثاني فلا
وجه للتسليم الى مستحقه فالجواب انه عبادة حتى انه لو مات اثيب عليه ولئلا يلزم ترك الشيء من منافيه والزام الباقي
لانه لزم عبادة صوما او صلاة مثلا لا يكون كذلك الا بالزام الباقي لانه يحتمل الاعتبار غير متجز **وقوله** فانه
سلم اربعا اي شرع في الصلاة ناويا اربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين يعني الشفع الثاني
لان الاول قد تم والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة فيكون ملزما اذا كان الافساد بعد الشروع فيهما بالقيام الى الثالثة
واما اذا كان قبل القيام الى الثالثة فلا يجب قضاء الاخريين وعن ابي يوسف انه يقضي اعتبارا بالنذر وذلك لان نية الاربع
كان سبب الوجوب فهو كالنذر ولهما ان الشروع سبب لوجوب ما شرع فيه وهو الركعة الاولى ووجوب ما لا
يصح ما شرع فيه الا به وهو الركعة الثانية لان التحريمة عند الشفع الثاني ليس ما شرع فيه لانه المفروض
ولا يتوقف صحة ما شرع فيه عليه فلا يكون واجبا بالشروع في الشفع الاول وما لا يكون واجبا لا يجب قضاؤه
فظهر من هذا ان النية ما قارنت سبب الوجوب وهو الشروع لان الفرض انه لم يشرع بخلاف النذر فان
نية الاربع قارنت سبب الوجوب فيلزم القضاء بالافساد وعلى هذا سنة الظهر اذا افسد الاخريين قبل الشروع
يقضيهما عند ابي يوسف وعندهما لا يقضي وقيل يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلاة واحدة حتى
ان الزوج اذا خلا بامرأته وهي في الشفع الاول من هذه الصلوات وخرجت للشفع الثاني لا تبطل
خيارها ولا شفعتها بخلاف سائر التطوعات **قال** وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا هذه المسئلة تلقب بمسئلة
الثمانية والجواب الاتي فيه ستة عشر [illegible]
[illegible]
والثالثة ترك في الاولى والرابعة ترك في الثانية والثالثة ترك في الثانية والرابعة فهذه ستة عشر وجها

وللمصنف بترك الوجه الاول لان الكلام في اقسام الفساد بترك القراءة والتي يقرأ في جميعها ليست منها وتداخلت
منها سبعة اوجه في الباقية لاتحاد الحكم فيها ذكر ثمانية فعليك بتمييز المتداخلة بالتفتيش في الاقسام المذكورة
في الكتاب والاصل فيها ان ما ذكره عند محمد ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة
لانها تعقد للافعال لكونها وسيلة اليها والافعال قد فسدت بترك القراءة بالاجماع وعند ابي يوسف ترك
القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة لانه يوجب فساد الاداء لا بطلانه وفساد الاداء لا يزيد على ترك
الاداء بعد التحريمة لانه لو وجب فساد الاداء بان لم يات بالاركان حال كونه منفردا او خلف الامام او سبقه الحدث
فذهب يتوضأ وترك الاداء لا يبطل التحريمة فكذلك فساده قلنا ان ترك القراءة يوجب فساد الاداء لا بطلانه
وفساد الاداء لا يزيد على ترك الاداء بعد التحريمة بان لم يات بالاركان بحال كونه منفردا او خلف الامام او سبقه
الحدث فذهب يتوضأ وترك الاداء لا يبطل التحريمة فكذلك فساده قلنا ان ترك القراءة يوجب فساد الاداء
لا بطلانه لانها ركن زائد بدليل ان الصلاة وجدت بدونها من المقتدي والاخرس والامي والركن الاصلي ليس
كذلك واذا كان ركنا زائدا لا يؤثر في ازالة اصل الصلاة حتى يصير باطلة وانما يؤثر في ازالة وصفها وهي صحة
الاداء على البيعة الدليل فصار فاسدا فان قيل سلمنا انه احب فساد وان الفساد لا يزيد على تركه وان الترك
لا يبطل التحريمة ولكن ما ذكرتم بالترك لا تركه فلا يكون مستدلا اجيب بان بعد الترك قبل اشتغاله بالاداء والقائم
كونه تاركا اذا اشتغل بالاداء قبل اشتغاله به يصح اطلاق اسم الترك عليه وفيه نظر لان الخصم حينئذ يقول
لا نسلم ان الفساد لا يزيد على مثل هذا الترك فان قيل ما الفرق بين الكلام والحدث العمد وبين حيث يبطلان
التحريمة دونها **اجيب** بانهما من محظورات التحريمة وارتكابهما يقطع التحريمة لانه يمنع ابتداء دخوله الابتداء
فيجوز ان يقطعها بعد الصحة بخلاف ترك القراءة فان قلت سلمنا ذلك لكن انضاف الركن وهو ما يقوم به الشيء
بالزيادة ليس بكلام محصل والجواب ما قررناه في التقرير تقريرا لم يسبق اليه فعليك بتحصيله فان كثيرا من فحول
اصحابنا وبعض اصحاب المتاخرين ايضا انكروا هذه العبارة وعند ابي حنيفة ان ترك القراءة في الاوليين يوجب
بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب لان الاولى والثانية كل شفع من التطوع صلاة على حدة فكان ترك القراءة فيه
اخلاء الصلاة عن القراءة فتكون فاسدة يجب قضاؤها وبطل تحريمتها واما الثاني فكان القياس فيه مثل الاول
كما لو تركها في احدى ركعتي الفجر لكن فساد الصلاة بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه لان الحسن
البصري متمسكا بما هو دليل على ما تقدم فقضينا بالفساد في وجوب القضاء كما في الفجر وحكمنا ببقاء التحريمة فيه
حتى لزوم الشفع الثاني احتياطا في كل واحد من الحكمين فان قيل فساد الصلاة بترك القراءة في الركعتين ايضا مجتهد
فيه لان ابا بكر الاصم لا يقول بالفساد فيها اجيب بان ذلك خلاف لا اختلاف لكونه مخالفا للدليل القطعي وهو
قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن **وقوله** واذا ثبت هذا يعني الاصل المذكور ظاهر سوى انه يشير
الى فوائد وهي قوله تعالى قضاء الاخريين لا غير يعني واقعد بينهما او لم يقعد بينهما وقد تقدم **وقوله**
لم يصح الشروع في الشفع الثاني يعني انه لا يكون صلاة في قولهما حتى لو قهقه فيه اي في الشفع الثاني
لم ينتقض وضوءه لو قهقه لم تنتقض طهارته **وقوله** ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين على قول
ابي يوسف قضى اربعا واما في قول عند ابي حنيفة انا اشار الى ما ليس قوله باتفاق بينهما بل هو قوله على
رواية محمد وهو يعتقد اصحاب بجعلها كما ذكر وعند محمد يقضي ركعتين بناء على اصله ان التحريمة قد بطلت
بترك القراءة في احدى الاوليين وابو يوسف ايضا بناء على اصله ان التحريمة باقية فيصح الشروع في الشفع
الثاني واما ابو حنيفة فقد جرت محاورة بين ابي يوسف ومحمد في مذهبه حين عرض عليه الجامع الصغير
فقال ابو يوسف رويت لك عنه انه يقضي ركعتين وقال محمد بل رويت لي عنه انه يقضي اربعا
والاصل المذكور يشايع محمدا وانتصر لابي يوسف بان ما حفظه هو قياس مذهب ابي حنيفة لان التحريمة

ضعفت

ضعفت بالفساد بترك القراءة في ركعة فلا يلزمه الشفع الثاني بالشروع فيه **وقوله** قال يعني محمد
وتفسير قوله صلى الله عليه وسلم لا يصلى بعد صلاة مثلها اورد نقد ذكر ان القراءة واجبة في جميع ركعات النفل
وما ترتب على ذلك من المسائل الثمانية دليل على ذلك بما اوله اليه من قوله يعني ركعتين بقراءة وركعتين
بغير قراءة وانما حمل على هذا لانه ثبت خصوصه بالاجماع فان الرجل يصلي ركعتي الفجر ثم الفرض ويصلي اربعا
قبل الظهر ثم الفرض بعده فيحتاج الى تاويل على وجه مستقيم وهو ما ذكره ومن مشايخنا من قال المراد به
النهي عن تكرار الجماعات في المساجد وهو حسن ويكون حجة على الشافعي رحمه الله واستشكل قول المصنف
فيكون بيانا لفرضية القراءة في ركعات النفل كلها بانه خبر الواحد فكيف يثبت الفرضية وان كان مشهورا
فهو ما ذكرنا ولئن قيل انه بيان لمجمل الكتاب فصار كخبر المسح لا يستقيم ايضا لان نص القراءة لا يكون ليس
مجملا ولو كان مجملا لكانت الزيادة في حقه الكتاب فرضا واجيب بانه ثابت البيان الفرضية ويجوز ان تكون الفرضية
ثابتة بقوله تعالى فاقرؤا وفيما تقدم والحديث لبيان انها فرض في التطوع ركعة فركعة **قال** ويصلي النافلة
قاعدا لقوله صلى الله عليه وسلم صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم وسماه صلاة ولا يخلو اما ان
يكون المراد منه ما كان بعذر او بغير عذر لا سبيل الى الاول لان ذلك وصلاة القائم سيان في الثواب فتعين ان
يكون بغير عذر وهو اما ان يكون المراد به الفرض او التطوع لا سبيل الى الاول بالاجماع فتعين الثاني
ولانه خير موضوع اي مشروع وهو مرفوع عنه لكونه غير واجب وما كان بهذه المثابة لا يشترط فيه ما قد
يفضي الى تركه لان ما يفضي الى ترك الخير لا يكون خيرا والقيام قد يفضي الى ذلك لانه ربما يشق على المصلي فلا يشترط
كيلا ينقطع بسببه عن الخير واختلفوا في كيفية القعود روى محمد عن ابي حنيفة انه يقعد كيف شاء لانه
لما جاز ترك اصل القيام فترك صفة القعود اولى وعن ابي يوسف انه يحتبي لان عامة صلاة رسول الله صلى
الله عليه وسلم في آخر عمره كان محتبيا وعن محمد انه يتربع لانه اعدل وعن زفر انه يقعد كما يقعد في حالة التشهد
وهو الذي اختاره الفقيه ابو الليث وشمس الائمة السرخسي والمصنف رحمهم الله لانه عهد مشروعا في
الصلاة وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وهو استحسان وعندهما
لا يجوز وهو قياس لان الشروع عندهما معتبر بالنذر في الالتزام ولو نذر ان يصلي قائما لم يجز ان يصلي قاعدا فكذا
اذا شرع قائما ولابي حنيفة رحمه الله ما تقدم ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة لما شرع فيه
الا به كالركعة الثانية وههنا ما شرع فيه وهو الركعة الاولى قائما صحيحة بدون القيام في الثانية بدليل حالة
العذر فلا يكون الشروع في الاولى قائما موجبا للقيام في الثانية بخلاف النذر لانه التزم القيام نصا بتسميته
فلزمه حتى لو لم ينص على القيام في نذره لم يلزمه القيام عند بعض المشايخ قال الفقيه ابو جعفر الهندواني في
لا رواية فيما اذا نذر ان يصلي صلاة ولم يقل قائما او قاعدا واختلف المشايخ قال الامام فخر الاسلام رحمه الله
لم يلزمه القيام لانه في النفل وصف زائد فلا يلزم الا بالشرط وقال بعضهم يلزمه قائما لان ايجاب العبد
معتبر بايجاب الله تعالى والنذر اوجبها الله تعالى اوجبها قائما وفي قوله حتى لو لم ينص الى آخره نظر لانه
لا يستقيم على المسئلة لانه قول ابي حنيفة اخذ قول بعض من تاخر عنه بازمنة كثيرة واعلم ان الدليل
المذكور في الكتاب يفيد انه لو قعد في الركعة الاولى بعد افتتاحها قائما لا يجوز لان الشروع يلزم ما
بالمعنى وما باشره الا قائما وذكر في الفوائد الظهيرية ما يدل على جوازه حيث قال المتطوع في الابتداء كان له
الخيرة بين الافتتاح قائما وبين الافتتاح قاعدا فكذلك في الانتهاء بالطريق الاولى لان حكم الانتهاء
اسهل من حكم الابتداء بدليل ان الامام لا يجوز له انشاء الجمعة بلا جمع ويجوز البناء وفيه نظر لان كون البقاء اسهل
من الابتداء من المسلمات لا نزاع فيه لكن عارضه اصل آخر وهو ان الشروع فيما باشره يلزمه **وقوله** ومن كان
خارج المصر يتنفل على دابته يعني سواء كان مسافرا او غيره توجه عند افتتاح الصلاة الى القبلة او لم يتوجه لاطلاق

[illegible]

بحيث لا يتبين لنا ذلك اذا ركبا استقبلا لما ذكرنا

فصل في قيام شهر رمضان

ذكر التراويح في فصل على حدة لاختصاصها بما ليس لمطلق النوافل من الجماعة وتقدير الركعات وسنة الختم وترجمه بقيام

[illegible]

وذكر ابو علي النسفي ان علماءنا اختاروا ان يوتر في رمضان في منزله ولا يوتر بجماعة لان الصحابة لم يجتمعوا على الوتر بجماعة في رمضان كاجتماعهم على التراويح فان ابي بن كعب كان يؤمهم فيها ويصح التراويح بمطلق النية وبنية التراويح او سنة الوقت افضل والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب ادراك الفريضة

لما فرغ عن بيان الفرائض والواجبات والنوافل شرع في بيان الاداء الكامل وهو الاداء بالجماعة ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت اي شرع الامام في الصلاة يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان لان البتيراء منهي عنها ثم لاحراز الفضيلة بالجماعة كما لو شرع في الظهر ثم اقيمت الجمعة فان قيل كيف يجوز ابطال صفة الفريضة لاقامة السنة اجيب بان النقض للاكمال لا لاقامة السنة بل لاقامة الفرض على وجه كامل

[illegible]

فإن النقض للإكمال إكمال كهدم المسجد للبناء وللصلاة بالجماعة تفضل على المنفرد بسبع وعشرين درجة فيجوز النقض
لإدراك ذلك فإن قيل كيف يستقيم هذا على مذهب محمد فإن الأصل عنده أن صفة الفرض إذا بطلت بطل أصل
الصلاة على ما سيأتي فلا يكون المؤدى مضمونا عن البطلان **أجيب** بأن من مذهبه فيما إذا لم يتمكن من
إخراج نفسه عن عهدة ما عليه بالمضي فيها كما إذا قيد الخامسة بالسجدة فلم يقعد في الرابعة وههنا يتمكن من
ذلك وفرق بينهما بأن إبطال صفة الفرضية لإحراز الجماعة بإطلاق من الشرع لأنه مجاز قطعها لحطام الدنيا
فلأن يجوز لإحراز الفضيلة أولى بخلاف إبطالها في تلك الصلاة فإنه ليس بإطلاق من الشرع
وإن لم يقيد الأولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الإمام وهو الصحيح وإليه مال فخر الإسلام لأنه بمحل الرفض
يعني له ولاية الرفض في الجملة ما لم يقيد بالسجدة الأخرى ألا ترى أن من قام إلى الخامسة ما لم يقيدها بالسجدة يرفضها
للإكمال وهو الكمال وقال بعضهم يصلي ركعتين ثم يقطع وإليه مال شمس الأئمة لأن ما أتى به لم يكن صلاة
فهو قربة سمت إلى مستحقها فلا يجوز إبطالها ألا ترى أنه لو شرع في التطوع ثم أقيمت الظهر لم يقطع التطوع
أي فالجواب أن القطع بفضل إحراز الإكمال دون ما ذكر تم وإليه أشار المصنف بقوله والقطع للإكمال بخلاف ما إذا
كان في النفل لأنه ليس للإكمال ولو كان في السنة قبل الظهر والسنة قبل الجمعة فأقيم الظهر وخطب الإمام قيل يقطع وقيل يتم
يقطع على رأس الركعتين لإحراز الفضيلة للجماعة يروى ذلك عن أبي يوسف وروي في الجمعة عن أبي حنيفة وقيل
وقيل يتمها لأن الأربع قبل الظهر بمنزلة صلاة واحدة كما تقدم وإن قد صلى ثلاثا من فرض الظهر يتمها لأن للأكثر حكم الكل
فيثبت به شبهة الفراغ ولو ثبت حقيقته لم يحتمل النقض فكذا إذا ثبت شبهته بخلاف ما إذا لم يقيد الثالثة
بالسجدة لأنه بمحل الرفض كما مر فيقطعها وإذا أراد القطع فهو بالخيار إن شاء عاد وقعد وسلم وإن شاء كبر قائما
على الوجه المشروع مع الخلف أي هل يتشهد ثانيا أو لا قيل يتشهد لأن القعدة الأولى لم تكن قعدة ختم وقد صارت
فيتشهد وقيل يكفيه التشهد الأول ويعود إلى القعدة لرفض القيام وجعل كأنه لم يوجد أصلا وكانت هذه
القعدة قعدة ختم وقد تشهد فيها ويسلم تسليمتين عند بعضهم لأنه المعهود في التحلل وقيل تسليمة واحدة
لأن التسليمة الثانية للتحلل وهذا قطع من وجه وإن شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلاة الإمام لأنه مشارع
إلى إدراك الفريضة وقال شمس الأئمة الحلواني لو لم يعد إلى القعدة فسدت صلاته وهو المذكور في النوادر وإنما
تحسينه [illegible] شرح الطحاوي أن القعدة المؤداة لم تقع فرضا وركعتان لما انقلبتا نفلا لم يكن لهما بد من القعدة
المفروضة وقال فخر الإسلام الأصح أن يكبر قائما لأنه يختم صلاته فإذا كبر قائما ينوي الشروع في صلاة الإمام فيقطع الأولى
في ضمن شروعه في صلاة الإمام فيقطع الأولى في ضمن شروعه في صلاة الإمام ثم هو مخير إن شاء رفع يديه وإن
شاء لم يرفع وإذا أتمها متعلق بقوله يتمها **وقوله** ويدخل مع القوم والنخول ليس بحتم لأن الذي يصلي
معهم نافلة والأمر في نهاية الأفضل الدخول لأنه في وقت مشروع ويندفع عنه تهمة أنه ممن لا يرى الجماعة فإن قيل
يلزم أداء النفل مع الجماعة خارج رمضان وهو مكروه **أجيب** بأن الكراهة إذا كان الإمام والقوم متنفلين
وأما إذا كان الإمام مفترضا فلا كراهة لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرغ من الظهر فرأى رجلين في أخريات
الصفوف لم يصليا معه فدعا بهما فقال لهما ما لكما لم تصليا معنا فقالا إنا كنا صلينا في رحالنا فقال صلى الله عليه وسلم إذا
صليتما في رحالكما ثم أتيتما صلاة قوم فصليا معهم واجعلا صلاتكما معهم سبحة أي نافلة **قال** فإن صلى من العصر
ركعة كلامه واضح **وقوله** في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن أبي يوسف أنه يصلي أربعا ثلاثا مع الإمام
وركعة بعدما يفرغ الإمام لأن مخالفة الإمام بعد فراغه لا تمنع الاقتداء كالمقيم إذا اقتدى بالمسافر وكالمسبوق
فإنهما يقومان بعد فراغ الإمام والجواب على الظاهر أنهما يفعلان ذلك لأدائهما على ما في تحريمتهما وفيما نحن فيه يفعله بالاختيار
والأول أقوى ولا يلزم من جواز المخالفة للأمر قوي جوازها لأمر ضعيف **وقوله** ومن دخل مسجدا قد أذن فيه
فيه تفصيل وذلك أن من دخل مسجدا قد أذن فيه فإما أن يكون قد صلى أو لم يصل فإن لم يصل فإما أن يكون

مسجد حيه أو لا فإن كان كره له أن يخرج قبل الصلاة لأن المؤذن دعاه ليصلي فيه وإن لم يكن فإن صلى في مسجد حيه
فكذلك لأنه صار بالدخول فيه من أهله وإن لم يصلوا فيه وهو يخرج لأن يصلي فيه لا بأس به لأن
عليه أن يصلي في مسجد حيه وإن كان قد صلى وكانت الظهر أو العشاء فلا بأس بالخروج إلى تمام ذكره
في الكتاب وهو واضح **وقوله** يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد إنما قال إنه يصلي وإن كانت الجماعة قد
قامت لأن سنة الفجر من أقوى السنن وأفضلها قال صلى الله عليه وسلم صلوها ولو طردتكم الخيل
وقال صلى الله عليه وسلم ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها وإدراك ركعة من الفجر كإدراك الكل
قال صلى الله عليه وسلم من أدرك ركعة من الفجر فقد أدرك الصلاة فكان جمعا بين الفضيلتين وإنما
قال يصلي عند باب المسجد لأنه لو صلاها في المسجد كان متنفلا فيه عند اشتغال الإمام بالفريضة
وهو مكروه فإن لم يكن على باب المسجد موضع للصلاة يصليها في المسجد خلف سارية من سواري
المسجد وأشدها كراهة أن يصليها مخالطا للصف مخالفا للجماعة والذي يلي ذلك خلف الصف من
غير حائل بينه وبين الصف والوقت المستحب لها قبيل طلوع الفجر لوجود السبب وقيل بقرب من الفرض
لأنها تبع له **وقوله** وإن خشي فوتهما يشير إلى أنه إن كان يرجو إدراك القعدة يدخل مع الإمام وحكي
عن الفقيه أبي جعفر أنه على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يصلي ركعتي الفجر إن أدرك التشهد عندهما
كإدراك الركعة أصله مسألة الجمعة والفقيه إسماعيل الزاهد كان يقول يشرع في السنة فيقطعها
ويدخل مع القوم حتى يلزمه بالشروع أشبه بالقوي ما وجب بالنذر وقد نص محمد أن المنذور لا يؤدى بعد الفجر
قبل الطلوع وإن صار إجزاء فلا يباح على قصد أن يقطعها وهذا غير مستحسن شرعا قوله لأن إرادة الفقيه بقوله بعد الفجر
قبل طلوع الشمس فالتعريف موجه وإن أراد بعدها بلا فالقصد للقطع نقض للإكمال فلا بأس به **وقوله** لأن ثواب
الجماعة أعظم لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لقد هممت أن أستخلف من يصلي بالناس وأنظر إلى من لم يحضر
الجماعة فآمر بعض الفتيان بأن يحرقوا بيوتهم **وقوله** في الحالين يريد بهما حال خوف فوت الفرض وحال خوف فوت
البعض **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم إنه لا يقضيها وهذا غير سديد لأنه صلى الله عليه وسلم
فاتته الأربع قبل الظهر فقضاها بعده رواه عائشة **وقوله** ولا كذلك سنة الفجر يعني لا يمكن أداؤها بعد
الفرض لحصول الفرق **وقوله** هو المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني قوله صلى الله عليه وسلم
نوروا بيوتكم بالصلاة ولا تجعلوها قبورا وما روي أن جميع سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووتره
كان في بيته **قال** وإذا فاتته ركعتا الفجر حتى فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس [illegible]
إذا السنة ما أداها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يثبت أداؤها في غير الوقت على الانفراد إلا قضاها
تبعا للفرض غداة ليلة التعريس **وقوله** ليس الكلام فيه وهو أن النفل المطلق مكروه بعد الفجر **وقوله** ولا بعد
ارتفاعها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أحب إلي أن يقضيها قبل الزوال فسيخ الحقيقة لأنهما يقولان
ليس عليه القضاء وإن فعل فلا بأس به ومحمد يقول أحب إلي أن يقضي وإن لم يفعل فلا شيء عليه ومنهم من حقق
الخلاف وقال الخلاف في أنه لو قضى كان نفلا مبتدأ أو سنة **وقوله** لاختصاص القضاء بالواجب لأن القضاء
تسليم مثل الواجب بالأمر وكلامه واضح **وقوله** وفيما بعده اختلاف المشايخ أي مشايخ ما وراء النهر قال بعضهم
يقضيها تبعا ولا يقضيها مقصودة وقال بعضهم لا يقضيها مطلقا لأن النص ورد في الوقت المهمل على خلاف القياس
فلا يقاس عليه وقت فرض آخر قيل ومقوا الصحيح **وقوله** وأما سائر السنن سواها أي سوى سنة الفجر في بعض
النسخ سواهما أي سوى ركعتي الفجر لا يقضى بعد الوقت وحدها وفي قضائها تبعا للفرض اختلاف المشايخ قال بعضهم
يقضيها لأنه كم من شيء يثبت ضمنا وإن لم يثبت قصدا وقيل [illegible] لا يقضى تبعا ضمنا وقال بعضهم لا يقضيها
لاختصاصها بالواجب وهو الصحيح **وقوله** ومن أدرك من الظهر ركعة من أدرك ركعة من الصلاة الرباعية ولم

يدرك الثلاث لم يصل تلك الصلاة بجماعة بالاتفاق بين اصحابنا وادرك فضيلة الجماعة اي صار محرزا لثواب صلاة صليت بالجماعة بالاتفاق ايضا بينهم وعلى هذا يكون تخصيص قول محمد بادراكه فضل الجماعة عن محمد **واجب** عن ذلك بانه انما خصه لدفع ما عسى يتوهم على قوله في الجمعة انه مدرك عند الامام في التشهد ليس بمدرك للجمعة فيهما اربعا الا لا يدرك فضيلة الجماعة يعني المسئلة لانه مدرك الاقل فكان ادراك الاكثر حرمة ادراك الجمعة حرمة ادراك فضيلة الجماعة ~~في هذه المسئلة لا يدرك الاقل فكان ادراك الاكثر حرمة~~ حرمة ادراك فضيلة الجماعة فدفع هذا الوهم بتخصيصه بالذكر **وقوله** ولهذا تفريع على ذلك بالاتفاق قال في الجامع اذا قال عبده حر ان صلى الظهر بجماعة فسبق ببعضها لم يحنث لانه صلى البعض منفردا بالنقص ولو قال ان ادرك الظهر حنث وان ادركه في التشهد لان المدرك لآخر الشيء مدرك لذلك الشيء فلما كان مدركا للجماعة بادراك ركعة كان مدركا لثوابها **قال** ومن اتى مسجدا قد صلى فيه اي اقامت الجماعة فيه ولا دخل في مسجد صلى فيه او اراد الصلاة المكتوبة في مسجد بيته فلا باس بان يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له من السنن الرواتب وغيرها ما دام في الوقت اي في وقت سعة اما اذا لم يكن بدأ بالمكتوبة لئلا يفوته الفرض عن وقته قال هذا اي قول محمد لا باس بالتطوع بان يتطوع انما هو في غير سنة الظهر والفجر لان التطوع قبل العصر والعشاء مندوب اليه والناس مخيرون بين اتيانه وتركه فاذن لا باس بالتطوع فيهما فاما التطوع قبل الفجر والظهر فاكد من ذلك لان لهما زيادة مزية قال صلى الله عليه وسلم صلوها وان طردتكم الخيل والامر للندب بدليل انه كيد بقوله وان طردتكم الخيل وقال صلى الله عليه وسلم من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وهو وعيد عظيم ودلالته على كون الاربع اقوى من الاول وعلى هذا قول الحلواني وشمس الائمة السرخسي وصاحب المحيط وقاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي وقيل هذا اي قول محمد لا باس بان يتطوع في الجميع لانه صلى الله عليه وسلم انما واظب عليها عند اداء المكتوبة بالجماعة ولا سنة دون المواظبة فاذا صلى لا يكون سنة انما يكون تطوعا وهو قول صدر الاسلام ومثله مروي عن الحسن بن زياد والكرخي قال المصنف والاولى ان لا يتركها اي السنن الرواتب في الاحوال كلها يعني سواء صلى بالجماعة او منفردا مقيما او مسافرا هكذا فعل الخلفاء الراشدون وكبار الصحابة والتابعون ولان المنفرد احوج اليها لا اقتداء والتكميل الثواب الا اذا خاف فوت الوقت لانه سبيل من تركها **وقوله** ومن انتهى الى الامام اي ادركه في ركوعه فكبر يعني التحريمة لا الافتتاح وقيد بالركوع لانه اذا انتهى اليه وهو قائم فكبر ولم يركع معه حتى رفع الامام رأسه من الركوع ثم ركع انه مدرك لتلك الركعة بالاجماع واما اذا انتهى الى القومة بعد الركوع لا يكون مدركا لتلك الركعة بالاجماع واما اذا انتهى اليه وهو راكع فكبر ولم يركع معه سواء كان متمكنا من الركوع او لم يكن وهو مسئلة الكتاب لا يصير مدركا لها عند العلماء خلافا لزفر وهو قول سفيان الثوري وابن ابي ليلى وعبد الله بن المبارك قال لانه ادرك الامام فيما له حكم القيام لان الركوع يشبه القيام حقيقة لان القائم لم يرد القاعد في انتصاب النصف الاسفل وهو موجود في الركوع وحكما لانه ياتي فيه بتكبيرات العيد التي يؤتى بها في حقيقة القيام وهذا الدليل لا يتم اذا ثبت انه ادركه فيما له حكم القيام كادراكه في حقيقة القيام وهو ممنوع ولنا ما تقدم ان الاقتداء شركة في افعال الصلاة ولم يوجد في القيام وهو ظاهر ولا في الركوع وكون الركوع يشبه القيام حكما غير معتبر لحديث ابن عمر اذا ادرك الامام راكعا فركعت قبل ان يرفع رأسه فقد ادرك تلك الركعة وان رفع قبل ان يركع فقد فاتتك تلك الركعة ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام فيه جاز فعله ذلك ولا يفسد صلاته وان لم يعد الركوع وقال زفر لا يجزئه في الصلاة الا ان يعيد الركوع لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به لكونه متقدما عليه قال صلى الله عليه وسلم انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه فكذا ما بني عليه لان البناء على الفاسد فاسد فصار كما اذا رفع رأسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد بتبعه ويرفع رأسه قبل الامام وهذا لان طرفي الشركة ان احدهما كافية

بحلاف ما لو قطع رأسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام لانه لم يوجد المشاركة في شيء من الطرفين والله تعالى اعلم

باب قضاء الفوائت

لما فرغ من بيان احكام الاداء وما يتعلق به وهو الاصل شرع في بيان احكام القضاء وهو الخلف عنه ومن فاتته صلاة او فوائت على ما ذكرنا وجبت عليه قضاؤها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت مستحق عندنا وقال الشافعي هو مستحب فلا يجب عليه تقديم الفائتة على الوقتية لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره لان الشرط تبع فكان ينافي اصالته وتبعيته منافاة بالاجماع فانه اصل الفروض وهو شرط لسائر العبادات والصوم فانه فرض مستقل وشرط للاعتكاف **وواجب** الواجب بالاتفاق وقد ... باق الاصلية الشيء اذا كان مقصودا بنفسه لا يكون شرطا لغيره لما ذكرنا من المنافاة الا اذا دل الدليل على كونه شرطا لغيره فيجعل شرطا له مع بقائه مقصودا وقد ذكرنا من ذلك قال الله تعالى فمن يعمل من الصالحات وهو مؤمن فان الايمان شرط لها قال صلى الله عليه وسلم لا اعتكاف الا بالصوم فكان شرطا بهذين النصين ويدفع المنافاة باختلاف الجهة نقلنا ومن ذلك محل النزاع لحديث ابن عمر رضي الله عنهما من نام عن صلاة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام ولا شك في وجوب الترتيب ظاهرا حيث لم يعتد بالاداء ما هو فيها عند التذكر وفيه بحث من وجوه الاول انه متروك الظاهر لانه يدل على وجوب القضاء على النائم والناسي لا غيرهما والوجوب ثابت على من فوت الصلاة عمدا ايضا بالاجماع ومتروك الظاهر لا يكون حجة لا سيما في افادة الوجوب لا يقال يدل على ذلك بدلالته لانا ... على المعذور فعلى غيره اولى لان ذلك انما يستقيم ان لو كان قضاء الفائتة عقوبة وليس كذلك بل هو رحمة ولا يلزم من استحقاق المعذور ذلك استحقاق غيره وهو العاصي الثاني انه خبر واحد لا يعارض المشهور فانه لجواز ثبت به ... الشمس مثلا فلو كان الترتيب فرضا لزم بطلان ما ثبت بالمشهور الثالث انكم عملتم بهذا الحديث فلم تعملوا بخبر الفاتحة وهما خبر واحد فكان قضاء الرابع ان الترتيب يسقط بالنسيان وضيق الوقت وكثرة الفوائت ولو كان شرطا لما سقط بشيء من ذلك كالطهارة واستقبال القبلة والجواب عن الاول ان قضاء الصلاة رحمة والنبي صلى الله عليه وسلم موصوف بالرأفة بالمؤمنين ومن رأفته ان يوجب على المفرط ما يتدارك به تفريطه بطريق الاولى وعن الثاني بانا ما ابطلنا به العمل بالمشهور بل اخرناه عملا بالحديث الآخر احتياطا وكان ذلك اهون من اهمال العمل بخبر الواحد اصلا على انهم قالوا انه ليس خبر احد بل هو مشهور تلقته الائمة بالقبول فانهم اجمعوا على وجوب القضاء الثابت به وعن الثالث بان العمل بخبر الفاتحة على وجه يلزم فساد الصلاة بتركها يوجب نسخ قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن وذلك لا يجوز كما تقدم بخلاف ما نحن فيه فان فيها العمل بالكتاب والخبر جميعا وذلك لان قوله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس يدل على ان هذا الوقت وقت الظهر ولا يتعرض لتعينه لاداء ما عليه لا نفيا ولا اثباتا وخبر الترتيب يدل على التقديم فعملنا بهما وعن الرابع بان وقت النسيان ليس بوقت الفائتة لان وقتها وقت التذكر وهو ناس واما ضيق الوقت فلم يكن منافيا والحديث لا تجعل قضاء الفائتة شرطا لاداء الوقتية انما هي لتدارك الفائتة وليس من الحكمة تداركها بتفويت مثلها فلم يكن شرطا عند ضيق الترتيب واما كثرة الفوائت فانه يحتمل في ضيق الوقت لان الاشتغال بها مع كثرتها يفضي الى تفويت الوقتية الثابتة بالكتاب بخبر الواحد وكثرتها ...

ذكرنا قوله ولو خاف فوت الوقت نقدم الوقتية **وقوله** ولو قدم الفائتة جاز اي جاز فعله هذا وهو
تقديم الفائتة لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها اذ النهي انما يستفاد من الامر واوضح هذا المعنى في
المبسوط فقال لو بدا بالفائتة لجاز [illegible] هناك هو ما مور بالبداءة بالفائتة ولكن لا لعين الوقت
بل لمعنى في غيرها الا يرى ان له ان يبدأ بالتطوع لانعدام الموجب المنهي فيمنع [illegible] وههنا النهي عن البداءة
بالفائتة ليس لمعنى في عينها بل لما فيه من تفويت فرض الوقت الا يرى انه نهي عن الاشتغال بالتطوع ايضا لاجل
ذلك المعنى الموجب النهي واذا لم يكن لمعنى في عين المنهي عنه لا يمنع جوازه **قال** ولو فاتته صلوات رتبها في
القضاء هذه المسألة لبيان ان الترتيب كما انه فرض بين الوقتية والفائتة فكذلك بين الفوائت نفسها اذا كانت
صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي صلى الله عليه وسلم شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن
مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني اصلي امر بالتشبيه مطلقا [illegible] علية [illegible] وكيفية
[illegible] الا ان يصف الترتيب شرطا [illegible] كما صليت **وقوله** الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات استثنا
من قوله رتبها في القضاء ومعناه الا ان تصير الفوائت ستا واختلف الشارحون في تاويل كلامه لان ظاهره
لا يتعلق هذا المعنى [illegible] ان يكون الفوائت [illegible] لانه ذكر الفوائت بلفظ الجمع والزيادة على المزيد
عليه ست فيصير المجموع سبعة [illegible] المراد من الصلوات اوقاتها فان وقت الصلاة السابعة
ليس بشرط بالاجماع ورد بانه يقتضي ان يزيد الفوائت على ست اوقات وذلك انما يكون بدخول وقت السابعة
وليس بمراد [illegible] ان تزيد اوقات الفوائت [illegible] ورد بانه يقتضي زيادة الاوقات على ست صلوات
وتقدير [illegible] ما تقدم عليه من الحذف [illegible] الزيادة لا بد ان يكون من جنس المزيد عليه وذلك
معدوم [illegible] وبالجملة [illegible] كما ترى والحق ان يقدر مضافان [illegible] الا ان يزيد اوقات الفوائت
على اوقات ست صلوات [illegible] دخول الاوقات [illegible] فلما سقط الترتيب بين الفوائت بكثرة الفوائت
لان الكثرة انما كانت مسقطة في اعتبارها فلان تعتبر في نفسها اولى [illegible] العلم [illegible] الفصل **وقوله**
وحد الكثرة ظاهر مما ذكرنا الا ان قوله لان الكثرة بالدخول في حد التكرار [illegible] كلام [illegible] فان الكثرة [illegible]
جاز اطلاقها على ما هو زائد [illegible] الدخول في حد التكرار [illegible] ان يقال الاصل ذلك القضاء
بالاجماع [illegible] على عليه [illegible] يوم وليلة فقضى الصلوات [illegible] عليه يوما
وليلة فقضاهن [illegible] عليه اكثر من يوم وليلة لم يقض [illegible] **وقوله**
ولو اجتمعت الفوائت القديمة [illegible] صورته رجل ترك صلاة شهر [illegible] ثم ندم على ما صنع واشتغل
باداء الصلاة في مواقيتها فقبل ان يقضي تلك الفوائت ترك صلوات دون الست ثم صلى صلاة اخرى وهو ذاكر
لهذه المتروكة الحديثة قال بعض المتاخرين من مشايخنا يجوز هذه الصلاة لكثرة الفوائت [illegible]
ليس باولى من الاشتغال بتلك [illegible] الا يفوت الوقتية عن وقتها **قال** في الرواية وعليه الفتوى
وقال بعضهم [illegible] كان لم يكن زجرا له عن التهاون وعليه الفتوى [illegible]
~~[illegible]~~
الفوائت صورته ان ترك الرجل صلاة شهر [illegible] الا صلاة او صلاتين ثم صلى صلاة دخل وقتها وهو ذاكر **وقوله** ولو قضى بعض
لما بقي عليه هل يجوز الوقتية [illegible] عن محمد فيه روايتان [illegible] عدم الجواز الفقيه ابو جعفر واختاره
بعض المشايخ والمصنف ومال الى الجواز ابو حفص الكبير واختاره من المشايخ فخر الاسلام وشمس الائمة وصاحب
المحيط وقاضيخان وغيرهم **قال** في الرواية وعليه الفتوى ووجهه ان الترتيب قد سقط بكثرة الفوائت والساقط
لا يعود [illegible] عليه [illegible] العلة لا يصح [illegible] قال المصنف عن
الاول [illegible] ورواية [illegible] المقتضية للحج ملحق بالعوالي

القلة والحكم ينتهي بانتهاء علته وكان كحق الحضانة اذا سقط بالتزوج ثم ارتفعت الزوجية كان الحق يعود
واما دلالة [illegible] روي عن محمد فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل اي شرع يقضي من الغد مع كل وقتية
فائتة فالفوائت جائزة على كل حال يعني سواء قدمها على الوقتيات او اخرها عنها والوقتيات فاسدة
ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة لا تمحى اي كل صلاة من الوقتيات صارت هي سادسة المتروكة
لانه لما قضى تركه [illegible] عادت المتروكات خمسا ثم لا يزال هكذا فلا يعود الى الجواز وان
اخرها اي اخر الوقتيات عن الفوائت فكذلك اي لا يجوز الوقتيات الا العشاء الاخيرة فانها جائزة
لانها [illegible] الوقتيات فلانه كلما صلى فائتة عادت الفوائت اربعا فسدت
الوقتية [illegible] واما جواز العشاء الاخيرة فلما ذكر انه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها والظن معتبر
لانه [illegible] وقع [illegible] لان كان خطاء والترتيب لا يوجبه الشافعي فكان ظنه موافقا لرأيه
وصار كما اذا عفى احد [illegible] القصاص [illegible] صاحبه ان عفو صاحبه غير مؤثر في حقه فقتل قاتله
القاتل لا يقتص منه ومعلوم ان هذا قتل بغير حق لكنه لما كان مجتهدا فيه وقع [illegible] فانه عند
البعض لا يسقط القصاص بعفو احدهم صار ذلك الظن مانعا وجوب القصاص كذا في المبسوط ونقض
بما اذا صلى الظهر على غير وضوء ناسيا ثم صلى العصر على وضوء ذاكرا للظهر [illegible] تعليمه ان
يعيدهما جميعا وعلى قياس ما ذكرههنا انه لا فائتة عليه في ظنه حال اداء [illegible] كان ينبغي ان لا يجب عليه
قضاء العصر ثانيا لما انه قضى الظهر فقد وقع في ظنه انه قضى جميع ما عليه ولم يبق عليه شيء من الفائتة
والترتيب [illegible] على مذهب الامام الشافعي فكان ظنه ههنا موافقا لمذهبه كما ذكرتم واجيب بان
فساد الصلاة بترك الطهارة فساد قوي [illegible] ترك الترتيب ضعيف مختلف فيه فلا يتعدى حكمه
الى الصلاة الاخرى **وقوله** ومن صلى العصر مسألة الترتيب ولكن ذكرها [illegible] في المذكور بعدها
في ضيق الوقت كلام [illegible] فيما مضى فلنتكلم به ههنا وهو ان الاعتبار في ضيق الوقت لاصل
الوقت وللوقت المستحب [illegible] ابو جعفر الهندواني انه عند ابي حنيفة وابي يوسف الاعتبار
باصل الوقت وعند محمد الوقت المستحب وعلى هذا ما يخرج فيه من المسئلة ان امكنه اداء الظهر والعصر قبل
تغير الشمس [illegible] مراعاة الترتيب وان كان لا يمكنه اداء الصلاتين قبل غروب الشمس سقط الترتيب الا اذا اشتغل
من الظهر بعد تغير الشمس لا يجوز بالاتفاق لان ذلك الوقت وقت عصر اليوم وليس الا **وقوله** واذا فسدت
الفرضية لا يبطل اصل الصلاة يعني ينقلب نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يبطل والفائتة
تظهر ايضا فيما اذا قهقه قبل ان يخرج من الصلاة فانه ينتقض طهارته عندهما خلافا لمحمد لان التحريمة
عقدت للفرض وهو كل ما عقده بطلت التحريمة اذا بطل وبطلت التحريمة لان التحريمة وسيلة
التحصيله فاذا بطل المقصود بطل الوسيلة ولهما ان التحريمة عقدت لاصل الصلاة موصوفا بوصف
الفرضية وليس من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل [illegible] من وجهين الاول ان الوصف
يجوز ان يكون [illegible] وكان كالفصل المنوع [illegible] بطلانه والثاني ان وصف الفرضية
اما ان يكون له مدخل فيما انعقدت التحريمة لاجله او لا [illegible] لان وقت الصلاة ظرف فلا [illegible]
[illegible] يحصل به [illegible] ما امر له فلو لم يكن له مدخل في ذلك لجاز الاحرام بدون التعيين فلا ثبت
تفريغ الذمة [illegible] كان تجزئة والجواب عن الاول ان الوصف لا يجوز ان يكون [illegible]
لان المحصل يجب تقدمه والوصف لا يتقدم على الموصوف وعن الثاني بان الوصف [illegible] لما انعقدت
له التحريمة لا من حيث تحصيله حتى يكون [illegible] من حيث نوعه [illegible] في الوقت [illegible]
من انتفائه انتفاء الكل [illegible] فسد العصر فسد فسادا موقوفا عند ابي حنيفة حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر

انقلب الكل جائزا وقالا فاسدا بانا لا نجوز لها حال لان سقوط الترتيب كما كان بان يكون علقها الصلوات كان يكون لكل واحدة من احادها الا بالكل واحدة من احادها جزئها متقدمة عليها فكيف يكون مغلوبا لها لا تفاوت بينها من حيث الوجود ولا كلام فيه وانما الكلام من حيث الجواز وذلك متأخر لانه لم يكن ثابتا لكل واحدة منها قبل الكثرة وهذا استحسان وهو معنى معقول في ثبوت جواز الصلاة وفسادها بطريق التبيين عزيز في الشرع الا ترى ان من صلى المغرب بعرفات يتوقف فان اتى المزدلفة في وقت العشاء ينقلب فاسدا ويلزمه اعادتها مع العشاء في المزدلفة وان لم يتفق له ذلك بان توجه من طريق آخر الى مكة صحت ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة فان سعى اليها قبل فراغ الامام انقلبت الظهر نفلا والا بقيت فرضا وكذلك المعتادة اذا انقطع دمها دون عادتها وصلت فرضا وقتها فان عاودها الدم تبين انها لم تكن صحيحة فان لم يعاودها كانت صحيحة **وقوله** وقد عرف ذلك في موضعه يعني في كتاب الصلاة **وقوله** ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر **وقوله** ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن يعني ان الترتيب المستحق هو ما يكون بين الفرائض بعضها مع بعض **وقوله** وعلى هذا اي على هذا الاختلاف وهو ان الوتر واجب عنده سنة عندهما **وقوله** فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر لان الوتر اذا كان واجبا عنده صار كانه صلى فرضا ناسيا فرضا آخر وعندهما يعيد الوتر ايضا لانه دخل وقته بعد اداء العشاء على وجه الصحة فلم يوجد فكان مصليا قبل وقته

باب سجود السهو

لما فرغ عن ذكر الاداء والقضاء شرع في بيان ما يكون جابرا للنقصان يقع فيهما وهذه الاضافة كذلك الى السبب وهي الاصل في الاضافات لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوه الاختصاص اختصاص المسبب بالسبب **وقوله** سجود السهو ظاهر **وقوله** فعلا ثبت بعد يدينا بفعله فيتعلق المتمسك بقوله اعترض عليه بوجهين احدهما ان في المعارضة بين الحديثين الصحيحين تعارضا وههنا صرح ما يقابلها فهو التوك لانه موجب دون الفعل والثاني انه يلزم الترجيح بكثرة الادلة وهو غير جائز **واجيب** عن الاول بان ذلك انما يكون اذا لم يكن جمعا بينهما واما اذا كان بعد بيان التاريخ وهو خلاف ما عليه اهل الاصول كلهم وعن الثاني بانا لم نجعل القول مرجحا للفعل حتى يلزم ذلك وانما جعلنا وجه تعارضا من الفعلين ونهاتر بما وقال ما لك اعمال الفعلين جميعا لا يمكن فيجعل ما رواه الشافعي على انه كان السهو بالنقصان وما رواه اصحابنا على ما اذا كان السهو بالزيادة وهو مخرج بالقول فانه لا يفصل روى ثوبان ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لكل سهو سجدتان بعد السلام **وقوله** لان سجود السهو مما لا يتكرر دليل معقول على اولوية التاخير وبيان ذلك ان السجود زمان سهو وامكن ان يسهو بعده فاذا سهى فاما ان يسجد ثانيا او لا فان سجد لزم تكرر السجدة وهو غير مشروع بالاجماع فلزم التاخير فهذا المعنى الذي اقتضى التاخير عن زمان العلة اقتضى التاخير عن السلام حتى لو سهى عن السلام بالقيام الى الخامسة لزم السجود لاخر السلام فيوخر عنه ليجبر النقصان به وهذا الخلاف بيننا وبين الشافعي في الاولوية واما لو اتى بها قبل التسليم جاز عندنا ايضا في رواية الاصول لانه لو لم يجز لامرناه بالاعادة وتكرر السجود ولم يقل به احد منهم **وقوله** هو الصحيح احتراز عما اختاره فخر الاسلام وشيخ الاسلام وصاحب الايضاح وهو ان يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه وعند فخر الاسلام لان التحريف لمعنى التحية لا للتحليل لان السلام حكم لتحية التعوم والتحليل في الاول لا يكون متبادرا في هذا السلام لانه قاطع الاحرام والتحليل لا يتكرر فلا حاجة

التكرار السلام واذا بطل معنى التحية لا يتحرف وجه الصحيح ما قاله المصنف صرفا للسلام المذكور يعني في الحديث المذكور الى ما هو المعهود في الصلاة وثبت صدر الاسلام قابل التسليمة الواحدة الى البدعة **وقوله** ويأتي بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعوات انهما في قعدة الصلاة او في قعدة السهو فقال الطحاوي يأتي بهما فيهما لان كل قعدة في آخرها سلام ففيها صلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وقال الكرخي في قعدة السهو واختاره فخر الاسلام والمصنف وقال هو الصحيح لان الدعاء موضعه آخر الصلاة ومنهم من قال في المسألة اختلاف بين العلماء عند ابي حنيفة وابي يوسف في القعدة الاولى الختم وعند محمد في الاخرى بناء على اصل وهو ان سلام من عليه السهو يخرجه من الصلاة عندهما فكانت القعدة الاولى تحلة الختم وعند محمد على خلافه وفيه نظر لان الاصل الذكور متعين فلو كان هذه المسألة مبنية على ذلك لكان الصحيح مذهبهما **قال** ويلزمه السهو هذا البيان ما ذكر في اول الباب بقوله يسجد للسهو الزيادة والنقصان فانه لم يعلم من ذلك انه اي زيادة ونقصان توجبه فنقرضنا بان المراد زيادة فعل من جنس الصلاة ليس منها كما اذا اتى بركوعين او بثلث سجدات وهذا اي قوله يلزمه السهو يدل على ان سجدة السهو واجبة **وقوله** هو الصحيح احترازا عن قول من قال من اصحابنا انها سنة **وقوله** لانها تجب ظاهر **وقوله** وانما تجب بالزيادة تفريع على قوله واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب وتأخيره فانه لما بان يقول يجب بالزيادة ايضا ولا ترك هنا ولا تأخير فقال الزيادة لا تعرى عن تأخير ركن او ترك واجب **وقوله** ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا اي للنقصان الموجب للسجدة هو ظاهر وقيل المراد بالسنة المضافة الى جميع الصلاة كالتشهد في القعدة الاولى **وقوله** او ترك قراءة فاتحة الكتاب لبيان انها كما تجب لترك الافعال تجب لترك الاذكار اعلم ان سجدة السهو عرفت بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وما عنه ذلك فعل الا في الافعال فكان القياس ان لا تجب في الاذكار لكنهم استحسنوا فيها لانها شرعت جبرا للنقصان وسبب النقصان يتحقق فلا بد من الجبر في السجدة وعلى هذا اذا ترك الفاتحة او القنوت في الوتر او التشهد في القعدة الاولى والثانية او تكبيرات العيد تجب السجدة لانها واجبات لمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليها من غير ترك وهي من امارات الوجوب وقد ذكرنا انها تجب لترك واجب ولانها تضاف الى جميع الصلوة فيقال تكبيرات صلاة العيد وقنوت الوتر وتشهد الصلاة فدل على انها من خصائص الصلاة لان الاضافة دليل الاختصاص والاختصاص انما يكون بالوجوب لان اختصاص الشيء بالشيء يقتضي وجوده معه والوجوب طريق الوجود والخصائص جمع خصيصة بمعنى الخاصة كالشرائك بمعنى المشاركة **وقوله** وكل ذلك اي كل المذكور من القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما واجب وفيها سجدة فاعترض بان اطلاق الواجب على القعدة الاخيرة سهو لانها فريضة تفسد الصلاة بتركها **واجيب** بان المراد بها تأخيرها بالقيام الى الخامسة فانه في التأخير ترك وتأخير الركن يوجب السجدة وفيه نظر لانه تمسك بكون المراد بالواجب الفرض والواجب وبالترك التأخير والترك وفي ذلك جمع بين الحقيقة والمجاز في موضعين وقيل محمول على رواية الحسن عن ابي حنيفة انه قال تجوز صلاته اذا رفع رأسه من السجدة اي يتم صلاته بدون القعدة الاخيرة وقيل القعدة الاخيرة واجبة بحسب الكيفية اي عدم تأخيرها واجب فاذا اخر فقد ترك هذا الواجب وفيه مجال كما ترى **وقوله** هو الصحيح احتراز عما قيل قراءة التشهد في القعدة الاولى سنة وهو وجه القياس ووجه الصحيح ما ذكرنا من المواظبة بلا ترك **وقوله** لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات لان الجهر فيما تجهر بالقراءة على الامام واجب ليسمع القوم قراءته لكونها قامت مقام قراءة لهم لوجود المقصود وهو الاستماع ولما قامت مقامها وجب ان يكون فرضا لكن لا بد من الحط مرتبة النوع

عن مرتبة الاكمل فكان واجبا والمخافتة انما كانت صيانة للقرآن عن لغو الكفار ولغطهم وصيانة عن ذلك
واجبة وما لا يتوسل الى الواجب الا به يكون واجبا فان قيل روي ابو قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان
يسمعنا الآية والآيتين في الظهر والعصر فدل على ان الاخفاء لم يكن واجبا وبه اخذ الشافعي اجيب بان ذلك
صلى الله عليه وسلم كان لتعليم الناس ان القراءة مشروعة فيهما وعندنا لا يجب السجدة اذا تعمد ذلك وقوله
واختلفت الروايات في المقدار الذي يوجبهما والاخفاء والسجدة ففي ظاهر الروايات القليل والكثير في الفصلين
سواء في وجوب السجدة ذكره شمس الائمة الحلواني وقاضيخان وروى ابن سماعة عن محمد انه اذا جهر باكثر
الفاتحة يجب السجدة اليسير من الجهر والاخفاء عفو لا يمكن الاحتراز فاعتبر اكثر الفاتحة ثم رجع وقال ان جهر بمقدار
ما تجوز به الصلاة يجب والا فلا قال المصنف والاصح قدر ما تجوز به الصلاة في الفصلين اي الفصلين لكن زاد
لهذه الرواية ووجهه ما ذكره في الكتاب وهو واضح وهذا اي وجوب السجدة في الفصلين انما هو في
حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة اي وجوبهما من خصائص الجماعة قيل انما اراد وجوب الجهر
من خصائص الجماعة فمشكل لان المنفرد مخير بين الجهر والاخفاء واما كون وجوب المخافتة من خصائصها فممنوع
لان المنفرد يجب عليه المخافتة فيجب السهو بتركها واجيب بان ذلك جواب رواية النوادر روى ابو سهل
مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في المنفرد اذا جهر فيما يخافت ان عليه السهو لما ذكرنا واما على ظاهر الرواية
فلا نسلم ان المخافتة واجبة عليه لانها وجبت لنفي المغالطة وانما يحتاج الى ذلك في صلاة تؤدى على سبيل
الشهرة والمنفرد لم يؤد كذلك فلم يكن المخافتة واجبة عليه **قال** وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود اذا
سها الامام وجب السجود على المؤتم ووجوبه على الامام لان السبب الموجب للسجود في حق الاصل وهو
الامام تقرر في حق المأموم ايضا بالتزامه المتابعة فانها للصحة والفساد وان لم يكن تقدر فيما بين
صلاة الامام الصلاة تصح لو نوى الامام الاقامة في وسط الصلاة صارت صلاتهم اربعا بالتزام
المتابعة فكذلك النقصان وما يجبره فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا لامامه
وما التزم الاداء الا متابعا وبين المخالفة والمتابعة منافاة فاذا تحقق احد المتنافيين انتفى
الآخر واعترض على التعليل المذكور في الكتاب بان المخالفة تجوز وقوعا من المؤتم كما اذا لم يرفع الامام
يديه عند الافتتاح فان القوم يرفعون واذا لم يثن الامام فالمأموم يثني واذا ترك الامام تكبير الركوع وتسبيحه
وتسميعه وتكبير الانحطاط وقراءة التشهد والتسليم وتكبير التشريق فان المأموم يفعل ذلك كله وبانه
المخالفة بعد فراغ الامام ليست بمانعة الا ترى ان المسبوق يقضي ما فاته بعد فراغ الامام والمقيم اذا
اقتدى بمسافر يتم ركعتين والجواب عن الاول ان الكلام فيما يلزم بمتابعة الامام … وعن الثاني
بان من الجائز المخالفة صورة … اتمام الفرض فلا يتعدى الى ما ليس كذلك … في معناه وان سها المؤتم
لا يجب على الامام ولا على المؤتم السجود لان صلاته ليست تبعا على صلاة المأموم واذا لم يجب على الامام يجب على المأموم
لانه لو وجب فاما ان يسجد وحده وفيه مخالفة امامه فيما ليس من اتمام الفرض وهو لا يجوز واما ان يسجد
معه امامه وفيه قلب الموضوع فان قلت انما ذكرت انفا ان المخالفة فيما لزم … الامام لم تجز ولم
نقل ان فيما باشره جاز … وما فاتكم فاقضوا وقوله صلى الله عليه وسلم اتموا صلاتكم فانا
قوم سفر وان كانت فيما لزم … التبع المتقدمة جازت لانها كلا مخالفة حيث لم يتعلق بالاتباع **قال** ومن
سها عن القعدة الاولى اي ومن سها عن القعدة الاولى في الفرض الرباعية او الثلاثية ثم تذكر فلا يخلو
اما ان يكون الى القعدة اقرب بان لم يرفع ركبتيه او الى القيام بان رفعهما فان كان الاول عاد وقعد وتشهد لان
ما يقرب الى الشيء اخذ حكمه كفناء المصر له حكم المصر في حق صلاة الجمعة والعيدين واختلفوا في وجوب التحية

فقيل يسجد لانه اخر واجبا بعد ما اشتغل بالقيام معنى لما ذكرنا من الاصل ولو قام ما جاز له العود لئلا
يلزم ترك الفرض وهو القيام لاجل الواجب الذي هو القعدة الاولى ولا يلزم سجدة التلاوة فانه يترك الفرض
لاجلها وهي واجبة لان ذلك ثبت بالنص على خلاف القياس وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
والصحابة كانوا يسجدونه ويتركون القيام لاجلها ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وقد روي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قام الى الثالثة قبل ان يتشهد فسبح له فعاد وروي انه لم يعد وسجد لهم فتعارضا فوافقه
التوفيق انه عاد حين لم يتم قائما ولم يعد بعد ما تم قائما وان سها عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة
في الرباعية والرابعة في الثلاثية والثالثة في الثنائية فلا يخلو من ان يكون بعد ما قعد على
الرابعة او لا يكون فان لم يكن فلا يخلو اما ان قيد الخامسة بالسجدة او لا فان كان الثاني رجع
الى القعدة لان اصلاح الصلاة به ممكن فكل ما كان كذلك وجب عمله احترازا عن البطلان وانما قلنا انه
ممكن لان ما دون الركعة محل الرفض لكونه ليس بصلاة ولا له حكمها ولهذا اذا حلف لا يصلي فحنث بما
دون الركعة والقعدة الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبله اي قبل ما فعله وهو الخامسة وفي بعض النسخ
قبله وهو واضح وكل من رجع من فعل من افعال الصلاة الى شيء محله قبله يرتفض ذلك الفعل المرجوع عنه
كما اذا قعد قدر التشهد ثم تذكر السجدة الصلبية او التلاوة فسجدهما ارتفضت القعدة …
قبل القعدة الاخيرة وسجد للسهو لانه اخر واجبا وهو اصابة لفظة السلام وقيل واجبا قبلها وهو
القعدة الاخيرة وان كان الاول بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي لانه روي انه صلى الله عليه وسلم
صلى الظهر خمسا ولم ينقل انه تعلم في الرابعة ولا انه اعاد صلاته ولنا انه استحكم شروعه في النافلة قبل
اكمال اركان المكتوبة لانه اتى بما هو صلاة اخرى حقيقة لاشتمالها على الاركان وحكما لان … الشرع
بوجودها واوجب الحنث على من حلف لا يصلي فصلى ركعة وكل من استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال
اركان المكتوبة خرج عن الفرض لما فاته بين الفرض والنفل وقد تحقق احد المتنافيين فينتفي الآخر
ضرورة ولقائل ان يقول لا نسلم انه بوجود الركعة الواحدة بعد اربع من المكتوبة استحكم الشروع في
النفل لانه اقل مما يستحق من ركعات المكتوبة عن الاحكام سلمنا ولكن ما يستحق من ركعات الفرض ان لم يكن
اشد استحكاما لكونه كثيرا وفرضا فلا اقل من المساواة وحينئذ لا يكون بطلان الفرض اولى من
بطلان النفل والجواب عن الاول ان الاستحكام انما يكون بالوجود في الخارج وقد تحقق وجودهما فيه
ولو كان بما ذكرتم ما فات للتحقيق وعن الثاني بان لا ندعي بطلان الفرض بطلانا وصف الفرضية ولا
شك ان بطلان وصف الفرضية … اولى من بطلان اصل الصلاة ووصفها وفي ابطال
النفل كله فكان الاول اولى وتاويل الحديث انه صلى الله عليه وسلم كان قعد قدر التشهد في الرابعة بدليل قول الراوي
صلى الظهر خمسا والظهر اسم لجميع اركان الصلاة ومنها القعدة وانما قام الى الخامسة على ظن انها القعدة
الثالثة حملا لفعله على ما هو اقرب الى الصواب **وقوله** على ما مر اشارة الى ما ذكره في باب قضاء الفوائت
من الاختلاف بينهم **وقوله** فيضم اليها ركعة سادسة يعني عندهما فصل يجب عليه سجدة السهو لم يذكره
واختلفوا فيه والاصح انه لا يسجد لان النقصان بالفساد لا يجبر بالسجدة ولو لم يضم لا شيء عليه لانه
مظنون والمظنون غير مضمون ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل لكون
السجود حقيقة في وضع الجبهة وعند محمد برفعه لان تمام الشيء بآخره وهو الرفع ولم يصح الرفع مع الحدث
فلم يتم السجود وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث في هذا السجود فذهب يتوضأ ثم تذكر انه لم يقعد
في الرابعة عند محمد يتوضأ ويعود الى القعدة ويبني على صلاته باتمامها بالتشهد والسلام وعند ابي
يوسف لا يبني لان صلاته قد فسدت بوضع الجبهة ولا بناء على الفاسد قال فخر الاسلام المختار للفتوى قول

محمد لانه اوثق واقيس التحريم قبل الرفع وجعل دوامه كتكراره ثم ينقض الحدث يعني بالاتفاق لان الحدث ينقض
كل ركن وجد فيه حتى لو توضأ وبنى على صلاته وجب عليه اعادة ذلك الركن الذي وجد فيه الحدث
ولو تم السجود بالوضع لما احتيج الى اعادته كما لو وجد الحدث بعد الرفع وان كان قعد على الرابعة فلا يخلو
اما ان يقيد الخامسة بالسجدة او لا فان كان الثاني فحكمه حكمه فيما اذا لم يقعد عليها وان كان الاول
ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظ السلام وبتركها لا يفسد الصلاة لانها واجبة وقوله
وانما يضم ... لما ذكرنا ان الضم واجب ... لفظ الاصل يدل على الايجاب فانه قال فيه
عليه ان يضيف وكلمة على للايجاب وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انهما تنوبان عن سنة
الظهر وجه الصحيح ان السنة عبارة عن طريقة النبي صلى الله عليه وسلم وهو كان يتطوع في الظهر بتحريمة
مبتدأة قصدا وقوله ويسجد للسهو استحسانا يعني ان القياس ان لا يسجد لان هذا السهو وقع في الفرض
وقد انتقل منه الى النفل ومن سهى في صلاة لا يجب عليه ان يسجد في صلاة اخرى وجه الاستحسان
ان النقصان تمكن في الفرض بالخروج منه لا على الوجه المسنون وهو الخروج باصابة لفظ السلام
وهذا مذهب محمد وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون وهو الشروع فيه بتحريمة مبتدأة وهذا
مذهب ابي يوسف وكل واحد منهما يوجب السجدة وانما قدم قول محمد لانه المختار للفتوى لان من قام
من الفرض الى النفل من غير تسليم ولا تكبير عمدا لم يعد ذلك نقصانا في النفل لانه احد وجهي الشروع في النفل
وانما هو نقص في الفرض ولما كان النفل بناء على التحريمة الاولى جعل في حق وجوب سجدة السهو كانها
صلاة واحدة كمن تنفل بست ركعات بتسليمة واحدة وسهى في الاولى فانه يسجد للسهو في آخر الصلاة
وان كان كل شفع منها صلاة على حدة لكون التحريمة واحدة ولو قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون
خلافا لزفر فانه يقول عليه قضاء ركعتين لانه بقي عنده في نفل لازم وان تبين انه لم يكن عليه
قلنا شرع على انه مسقط لا ملزم ثم تبين انه لم يكن فيسقط اصلا لئلا يلزم الزام ما لم يلتزم ولو اقتدى
به انسان فيهما لزمه عند محمد ست ركعات ان اقتدى به في الخامسة يأتي بعد الامام باربع ركعات وان
اقتدى به في السادسة يأتي بعده بخمس ركعات يصلي ركعة ويقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد ثم يصلي ركعتين
ويقعد لانه لما شرع في تحريمة الامام لزمه ما ادى بها الامام وقد ادى
ستا وعندهما لزمه ركعتان لانه قد استحكم خروجه عن الفرض فلا يلزمه غير هذا الشفع ولو افسده
المقتدي لا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بما اذا افسده الامام فان حال المأموم لا يكون اقوى حالا من الامام
والا لزم زيادة الفرع على الاصل وعند ابي يوسف يقضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام وهو
ان المقتضي للوجوب وهو الشروع من المخاطب بالنهي عن الابطال قائم في حق الامام فكذا في حق المقتدي
لما صار تبعا لصلاة الامام وحكمه يجب القضاء عليهما جميعا عملا بالمقتضي الا انه سقط عن الامام
بعارض يخصه وهو شروعه في النفل لا على قصد التطوع وما خصه لا يتعدى الى غيره وعلى هذا الاثم
بناء القوي على الضعيف لان صلاة الامام ايضا بالنظر الى دخول المقتدي قوي وذكر ابو يوسف بين
هذه وبين ما اذا لم يقعد على الرابعة بانه هناك بطل فرضه وكان الاحرام في الابتداء منعقدا للست
ركعات فاذا اقتدى به انسان لزمه موجب تلك التحريمة واما ههنا فقد تم فرضه لما ذكرنا وشرع في
النفل والمقتدي يقتدي به في النفل فلا يلزمه غير ركعتين والحاصل ان هناك صلاة واحدة فيلزم
الجميع وههنا صلاتان فيلزمه الاخرى فكان من حق الكلام وعند ابي حنيفة وابي يوسف بدليل ما تقدم في
قوله وعندهما ركعتين وبدليل ما ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان وعندهما يقضي ركعتين وليس بواضح لانه
ذكر في النوادر الاختلاف وعلى ما وقع في الكتاب فلعل المصنف وقف على صحة ذلك فنقله ولا يلزم من كونهما

متفقين

متفقين في مسئلة اتفاقهما في مسئلة اخرى فانهما مسئلتان قال ومن صلى ركعتين تطوعا الاصل ان وقوع سجدتي
السهو في شفعي الصلاة غير مشروع ثم اما ان يكون الشفعان في صلاة التطوع او الفرض فان كان الاول كما اذا صلى
ركعتين تطوعا فسهى فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي اخريين وفي بعض النسخ اخراوين وليس بصواب ليس له
ذلك لانه يبطل السجدة بلا ضرورة لانه لما ادى صحيحا بدون ما يبني فلا ضرورة في البناء بل فيه احراز فضيلة
الدوام وفيه نقض الواجب والاحتراز عن نقض الواجب اولى ومع هذا لو بنى صح لبقاء التحريمة قال
شيخ الاسلام فان بنى على ذلك ينبغي ان يعيد سجدتي السهو لانه لما بنى حصلت السجدة في وسط
الصلاة فلا يعتد بهما فكان عليه الاعادة وان كان الثاني كما اذا سجد المسافر للسهو ثم نوى الاقامة
فله ذلك لانه لو لم يبن وقد لزمه الاتمام بنية الاقامة بطلت صلاته وفي البناء نقض للواجب ونقض الواجب
ادنى فيتحمل دفعا للاعلى وقوله ومن سلم وعليه سجدتا السهو اصل هذه المسئلة واخواتها ان سلام من
عليه سجدة السهو لا يخرجه عن حرمة الصلاة عند محمد وهو قول زفر لا خروجا موقوفا ولا باتا وعندهما
يخرجه خروجا موقوفا على معنى انه ان سجد بعد السلام حكمنا ببقاء التحريمة والا فلا لان السجدة وجبت
جبرا لنقصان تمكن في المؤدى بالاتفاق والجبر انما يتحقق اذا كان المجبور قائما وقيامه ببقاء التحريمة فيحكم
ببقائها تحصيلا للغرض المطلوب ولهما ان السلام محلل في نفسه بالنص والاجماع وانما لا يعمل ضرورة الحاجة
الى اداء السجدة ولا ضرورة اذا لم يعد فيعمل عمله لتحقق المقتضي وزوال المانع وهذا يجري مجرى تخصيص العلة
كما ترى والتخلف معلوم لا يقال اذا كان بقاء التحريمة ضرورة اداء السجدة فينبغي ان لا يتعدى الى جواز الاقتداء
لانه يشكل في الجمع عليه فلا يكون مشروعا واداء فهذا الاصل يجري عليه الفروع منها مسئلة الكتاب
فان عند محمد لا تنتقض صحيح على سبيل البتات وعندهما على سبيل التوقف ومنها انتقاض الطهارة بالقهقهة عنده
ينتقض لبقاء التحريمة خلافا لهما ومنها تغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة عنده يتغير لكونها في حرمة الصلاة
كما لو نوى قبل السلام وعندهما لا يتغير لانه لم يكن في حرمة الصلاة فان قيل اذا كان الخروج موقوفا كان يخالف
من وجه دون وجه وذلك يقتضي ان يكون حكم هذه المسائل عندهما الحكم عنده احتياطا اجيب بانه ليس
معناه الخروج من وجه دون وجه بل معناه الخروج من كل وجه لكن بوصف التوقف كما سنذكر وقوله
ومن سلم يريد به قطع الصلاة يعني في غرضه ان لا يسجد للسهو فعليه ان يسجد للسهو في حرمة مجلسه قبل ان
يقوم او يتكلم وفي رواية قبل ان يتكلم او يخرج من المسجد وعنه يفقد الانحراف عن القبلة في المسجد
وقوله لان هذا السلام اي سلام من عليه السهو غير قاطع اي بالاتفاق اما عند محمد فلانه لم يشرع محللا اولا وعندهما
بل محللا على سبيل التوقف لا على سبيل البتات وكل ما لم يشرع قاطعا لا يقطع الصلاة فدل على ان القطع
لا يحصل بالسلام فبقيت نيته وهي لا تبطل القطع ايضا لانه لما ثبت ان السلام غير قاطع شرعا فجعله قاطعا
بالنية تغيير المشروع وهو لا يعتبر بالقصد والعزائم واعترض بوجهين احدهما ان السلام وضع مخرجا
عن حرمة الصلاة عندهما فكيف لا يكون مخرجا مع نية القطع وهل هذا الا تناقض فان غاية ما في
الباب ان لا يكون النية معتبرا اما السلام وحده فمخرج موجود فلانها والا السلام مخرج
والثاني ان نية الاشراك تغير اصل المشروع ومع ذلك اعتبر ... عملا في الحال والجواب عن
الاول ان سلام من عليه السهو يخرج عن احرام الصلاة لكن على عرضية العود اليه بالسجود
من غير تفرقة بين ان ينوي العود او لم ينوه فاذا كان كذلك لا معتبر بالنية والمسئلة الاولى كانت لبيان الاطلاق وهذه لبيان
ان النية لا تناقض في ذلك وعن الثاني بان كلامنا ان الشرع جعل سلام الساهي غير
قاطع وهو يريد ان يجعله قاطعا بقصده وعزيمته وليس له ذلك لانه تغيير المشروع وليس من قصده
بنية ... ان يجعل الايمان المشروع غير مشروع بقصده وعزيمته فليس مما نحن فيه فتأمله يغنيك عما طول في

الكتب قال رحمه الله تعالى ومن شك في صلاته ومن شك في كمية ما صلى فلا يخلو اما ان يكون اول ما عرض
له قال صاحب الاجناس معناه اول ما سهى في عمره وقال شمس الائمة السرخسي معناه ان السهو ليس بعادة
له لانه لم يسه قط وقال فخر الاسلام اي في هذه الصلاة وهو غريب وان كان الثاني وهو ان يعرض له الشك
كثيرا فلا يخلو اما ان يكون له رأي او لا فان كان بنى عليه وان لم يكن بنى على الاقل وهذا لانه روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال اذا شك احدكم في صلاته انه كم صلى فليستقبل الصلاة وروي انه صلى الله عليه
وسلم قال من شك في صلاته فليتحر الصواب وروي انه صلى الله عليه وسلم قال من شك في صلاته فلم يدر اثلاثا
صلى ام اربعا بنى على الاقل ومعلوم ان التوفيق لا يمكن الا بحمل كل واحد منها
على صورة من الصور المذكورة بحمل الحديث الاول على الصورة الاولى لان فيه الامر بالاستقبال وذلك يناسب
الصورة الاولى لعدم التكرار المفضي الى الحرج بتكرار الاستقبال ويحمل الثاني على الثانية لان فيه الامر بالتحري الذي هو طلب
الاحرى والاحرى هو ان يكون اكبر رأيه عليه ويحمل الثالث على الثالثة مقتضى الشك والامر بالبناء على الاقل وقوله
والاستقبال بالسلام اولى يتعلق باول الصور يعني اذا استانف وخرج منها بالسلام اولى لان الكلام او المحدث
المنافي لغو لما لم يتصل بالعمل القاطع قوله وعند البناء على الاقل يتعلق باخرها وبيان ذلك ان الشك اذا وقع
في ذوات الاربع انها الاولى او الثانية عمل بالتحري فان لم يقع تحريه على شيء بنى على الاقل فيجعلها اولى ثم يقعد
لجواز انها ثانية والقعدة فيها واجبة ثم يقوم فيصلي ركعة اخرى ويقعد لاحتمال انها في الحكم ثانية ثم يصلي ركعة
ثم يقعد ثم يقوم ويصلي ركعة اخرى ويقعد لاحتمال انها في الحكم رابعة والقعدة فيها فرض وذوات الثلاث
على هذا القياس وان وقع الشك بعد الفراغ من التشهد وبعد السلام يحمل على انه اتم الصلاة حملا لامره على الصلاح
وهو الخروج منها على وجه التمام

باب صلاة المريض

ذكر صلاة المريض عقيب سجود السهو لانهما من العوارض السماوية والاول اعم موقعا لانه يتناول صلاة
المريض والصحيح فكانت الحاجة الى بيانه امس فقدمه اذا عجز المريض بان يلحقه بالقيام ضرر صلى قاعدا
يركع ويسجد لقوله صلى الله عليه وسلم لعمران بن الحصين رضي الله عنهما صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان
لم تستطع فعلى الجنب تومئ ايماء ولو كان قادرا على بعض القيام دون تمامه قال ابو جعفر يؤمر بان يقوم مقدار
ما يقدر فاذا عجز قعد لان الطاعة بحسب الطاقة ولو قدر على القيام متكئا قال شمس الائمة الحلواني الصحيح
انه يصلي قائما متكئا ولا يجزيه غير ذلك وكذلك لو قدر ان يعتمد على عصا او كان له خادم لو اتكأ عليه قدر
على القيام فان لم يستطع الركوع والسجود اومأ ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض
من ركوعه لانه اي الايماء قائم مقام الركوع والسجود فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله
صلى الله عليه وسلم ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك فان فعل ذلك ناويا ان يخفض
رأسه للركوع والسجود اولا فان خفض جاز لوجود الايماء والا لا لعدمه فان لم يستطع القعود استلقى على
ظهره وجعل وسادة تحت رأسه حتى يكون شبه القاعد ليتمكن من الايماء بالركوع والسجود اذ حقيقة
الاستلقاء تمنع الاصحاء عن الايماء فكيف بالمرضى لقوله صلى الله عليه وسلم يصلي المريض الحديث واختلف
في معنى قوله صلى الله عليه وسلم فالله تعالى احق بقبول العذر منه فقيل هل يسقط عنه عند عدم
القدرة على الايماء او الله احق بقبول العذر لا بالاسقاط وهو الصحيح وقوله لما روينا من قبل اي من حديث عمران
ابن الحصين لان الاولى اي الرواية الاولى اي المنقولة الاولى على الاولى عندنا لانه لما تعارض

المريض وهو فعيل بمعنى الفاعل المرض
ضعف القوى وترادف الالام والاضافة
في صلاة المريض من باب اضافة الفعل
الى فاعله او الى محله كتيبة الخشب عيني

اقول المراد بالعجز هنا اعم من عدم القدرة
حقيقة ومن لحوق العسر به فلا وجه
للغمز عليه سعد الدين

فان قلت لم يبين صفة القعود كيف هي
قلت قال صاحب التحفة اختلفت الروايات
عن اصحابنا في انه كيف يقعد فروى محمد عن ابي
حنيفة انه يجلس كيف شاء وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه اذا افتتح العقد
يتربع واذا ركع يفترش رجله اليسرى
ويجلس عليها وعن ابي يوسف يتربع في
جميع صلاته عيني

قال الله احق بقبول العذر دون الاسقاط
ومن قال بسقوطه عنده فكيف يصح
قوله ومن قال بسقوطه الا الاصح اقول فيه ان
القائل بسقوطه ينبغي ان يقر انه احق عذر
التاخير اذا قلت عذر الاسقاط
اذا لك ثبت فتامل سعد الدين

حديث عمران بن الحصين وحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما والحالة حالة عذر جاز العمل بكل منهما
الا ان ما ذكرنا اولى لان المعقول معنا فان الاشارة تتعلق [illegible] الى جهة الكعبة [illegible] على جنبه
[illegible]
وقوله لما روينا [illegible] قوله صلى الله عليه وسلم [illegible] فاسجد والا فاوم
برأسك اقتصر على الرأس في موضع البيان [illegible] قوله ولا يومئ بعينه ولا بقلبه [illegible]
[illegible]
[illegible] الصلاة [illegible] والصحيح [illegible] الاسلام [illegible]
[illegible] قال رحمه الله [illegible]
وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام [illegible] قاعدا [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] حديث عمران بن الحصين [illegible]
[illegible]

وقوله ولو صلى الصحيح بعض صلاته قائما ثم حدث به مرض [illegible] قاعدا [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

وقوله [illegible] التطوع قاعدا [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
وقوله وان قعد بغير عذر [illegible] الكراهة [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] في باب النوافل [illegible]

وجوازه قال يصلي المريض مستلقيا على قفاه
على قدماه القبلة غاية البيان

قوله وبه اقول ويجوز تذكير الضمير لكون
الاساءة بمعنى ان مع الفعل سعد الدين

قوله ليس هذا الا قوله على الرأس اقول فيه
ان القياس من اقسام الرأي سعد الدين

السجود

قوله فكذا ينبغي في حق نفسه اقول تقدم ان
جواز اقتداء القائم بالقاعد ثبت على خلاف
القياس فينبغي ان يقتصر مورده الا ان يلحق
بالدلالة وفيه خفاء سعد الدين

وقوله استانف عندهم جميعا يعني العلماء
الثلثة فان قلت خلافا لما مر ان من
جواز اقتداء الراكع بالمومي عند محمد

في الصحيح لان الابتداء على هذا الوجه مشروع بالكراهة فالبقاء اولى لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فقوله في الصحيح يدل على ان ثمة غير صحيح فالاطلاق ههنا وقع في باب النوافل يكون على الصحيح **وقوله** يكره بالاتفاق على غير الصحيح ولعل قوله بالاتفاق وقع سهوا من الكاتب **قال** ومن صلى في السفينة قاعدا المصلي في السفينة اما ان يكون عاجزا عن القيام او لا فان كان عاجزا جازت صلاته قاعدا بالاتفاق وان كانت سائرة جاز عند ابي حنيفة والقيام افضل وقالا لا يجزيه وهو القياس لان القيام مقدور عليه فلا يترك الا لعلة وجه الاستحسان ان الغالب من حال راكب السفينة دوران الرأس عند القيام فكان كالمتحقق الا ترى انه يترك المنطلق بحكم جدا لان الغالب من حاله ان يخرج منه شيء لزوال الاستمساك والاولى ان القيام افضل لبعده عن شبهة الخلاف وينبغي ان يتوجه الى القبلة كيفما دارت السفينة سواء كانت عند الافتتاح او في خلال الصلاة لان التوجه فرض عند القدرة وهذا قادر والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة على ما بينا انها اذا كانت راسية لم تجز القعود بالاتفاق وفي المراد بقوله والمربوطة كالشط **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم بانه ان كانت الموقوفة في لجة البحر فهي تضطرب فيحتمل وجهان والاصح ان الريح ان كانت تحركها تحريكا شديدا فهي كالسائرة والا فهي كالراسية ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى فان زاد على ذلك لم يقض والقياس ان لا يكون عليه القضاء اذا استوعب الاغماء وقت صلاة كاملة وهو قول الشافعي لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ما روي ان عليا اغمي عليه في اربع صلوات فقضاهن وعبد الله بن عمر اغمي عليه ثلاثة ايام فلم يقض شيئا والفقه فيه ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان تزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار **وقوله** والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان على ذكر الجنون اذا استغرق وقتا كاملا اسقط القضاء وجه كالاغماء ان كان اكثر من يوم وليلة اسقط القضاء كذا ذكره ابو سليمان وقد نص عليه في نوادر الصلاة **وقوله** خلافا للنوم متعلق بقوله وان كان اكثر من ذلك لم يقض يعني ان النوم وان زاد على يوم وليلة لا يسقط القضاء لان امتداده الى هذا الحد نادر فلا عبرة به فلحق بما دونه بالقاصر **وقوله** ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات قال ابو جعفر الزيادة تعتبر عند ابي يوسف من حيث الساعات وهو يوم وليلة وانما تظهر ثمرة الخلاف فيما اذا اغمي عليه عند الضحوة ثم افاق من الغد قبل الزوال بساعة فهذا اكثر من يوم وليلة من حيث الساعات فلا قضاء عليه في قول ابي يوسف وعلى قول محمد يجب عليه القضاء لان الصلوات لم تزد على خمس والمذكور في الكتاب بالاتفاق بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد هو المذكور في اصول فخر الاسلام ومبسوط شيخ الاسلام لمحمد ان التكرار يتحقق اي بفوات ست صلوات وهو المفضي الى الحرج المسقط للقضاء فيكون الاعتبار به **وقوله** وهو المأثور عن علي وابن عمر اي الاعتبار من حيث الساعات هو المأثور

باب سجود التلاوة

كان من حق هذا الباب ان يقرن بسجود السهو لان كلا منهما سجدة لكن لما كانت صلاة المريض بعارض سماوي كالسهو الحقها للمناسبة بها فتأخر سجود التلاوة ضرورة وهو من قبيل اضافة الحكم الى سببه فان قيل كان الواجب ان يقول سجود التلاوة والسماع لان السماع سبب كالتلاوة اجيب بان

التلاوة لما كانت سببا للسماع ايضا كان ذكرها مشتملا على السماع من وجه فاكتفى به وشرطها الطهارة عن الحدث والخبث واستقبال القبلة وستر العورة وركنها وضع الجبهة على الارض وصفتها الوجوب عندنا ومواضعها ما ذكر في الكتاب اربع عشرة في آخر الاعراف والرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت والعلق هكذا كتب في مصحف عثمان وهو المعتمد عليه والشافعي رحمه الله يوافقنا في العدد الا انه يقول في الحج سجدتان وليس في ص سجدة وموضع السجدة عند قوله ان كنتم اياه تعبدون والمصنف اختار بقوله في الحج الاولى والثانية في الحج للصلاة عندنا وبقوله عند قوله وهم لا يسأمون ويذكر من مذهبهما احتج الشافعي على ان في الحج سجدتين بحديث عقبة بن عامر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فضلت الحج بسجدتين من لم يسجدهما لم يقرأها ومذهبنا مروي عن ابن عباس وابن عمر قالا سجدة التلاوة في الحج هي الاولى والثانية سجدة الصلاة وتفصيل قرانها بالركوع في قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا وتأويل ما روي فضلت بسجدتين احداهما سجدة التلاوة والثانية سجدة الصلاة واستدل الشافعي رحمه الله على ان السجدة في ص سجدة شكر بما روي انه عليه السلام تلا في خطبته سورة ص فتشزن الناس للسجود فقال علام تشزنتم انما توبة نبي وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا قلنا هذا لا ينفي كونها سجدة تلاوة اذ ما من عبادة يأتي بها العبد الا وفيها معنى الشكر وقد روي انه صلى الله عليه وسلم سجدها في خطبته فدل على انها سجدة تلاوة حيث قطع الخطبة لها فلئن سلم انه لم يسجد في خطبته فذلك كان تعليما لجواز تأخيرها وقد روي ان رجلا من الصحابة قال يا رسول الله رأيت فيما يرى النائم كأني اكتب سورة ص فلما انتهيت الى موضع السجدة سجد الدواة والقلم فقال صلى الله عليه وسلم نحن احق بها من الدواة والقلم فامر حتى تليت في مجلسه وسجدها مع اصحابه **وقوله** وهو المأخوذ للاحتياط لانها ان كانت عند الآية الثانية لم يجز تعجيلها وان كانت عند الاولى جاز تأخيرها الى الآية الثانية وكان فيما قلنا خروج عن العهدة بيقين **قال** والسجدة واجبة في هذه المواضع بيان صفتها ذهب الشافعي رحمه الله الى ان السجدة في هذه المواضع سنة لما روي ان زيد بن ثابت رضي الله عنه قرأ سورة النجم بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يسجدها ولم يسجدها النبي صلى الله عليه وسلم فدل على انها لم تكن واجبة وقلنا هي واجبة على التالي والسامع قصد سماع القرآن او لم يقصد فقيد بذلك لان في بعض الفاظ الآثار السجدة على من جلس لها وفيه ايهام ان من لم يجلس لها فليس عليه فقيد بذلك ونفى ذلك والدليل على وجوبها قوله صلى الله عليه وسلم السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وكلمة على للايجاب وهذا الحديث غير مقيد بالقصد وما عورض به لو كانت واجبة لما تأدت في سجدة الصلاة وركوعها ولما تداخلت ولما تأدت بالايماء من راكب يقدر على النزول واجيب بان اداءها في ضمن شيء لا ينافي وجوبها في نفسها كالسعي الى يوم الجمعة يتأدى بالسعي الى التجارة وانما جاز التداخل لان المقصود منها اظهار الخضوع والخشوع وذلك يحصل بمرة واحدة وجواز ادائها بالايماء حين قراءتها راكبا لانها كما وجبت فانه تلاها على الدابة شروع فيما يجب به السجدة وكان كالشروع على الدابة في التطوع والجواب عن حديث زيد انه لا احتجاج به لانه يتم اذا ثبت انه صلى الله عليه وسلم لم يسجد للسجدة حتى خرج من الدنيا فاما اذا لم يسجدها على الفور فيجوز ان يكون سجدها في وقت آخر واعلم ان ما جاء في الرواية جعل المصنف هذا اللفظ يعني قوله السجدة على من سمعها الحديث وفي سائر النسخ من المبسوطين والاسرار والمحيط وشرح الجامع الصغير من الفاظ الصحابة لا من الحديث واقول انه لم يكن المصنف ممن يطالع الكتب

المذكورة فلولا انه ثبت عنه كونه سجد بنا لما فعله سجدنا لانه رحمه الله اعظم ديانة من ان يتهم به ذلك **قوله**
واذا تلى الامام آية السجدة ظاهر **وقوله** لان التبع قد يتعرض لا مانع وكل ما يتعرض منتصبة وانتفى مانعه
تحقق لا محالة فعلته في حالة الصلاة فان المانع موجود لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة ان سجد التالي
اولا وتابعه الامام المتبوع تابعا والتابع متبوعا او التلاوة ان سجد الامام اولا وتابعه التالي فان التالي
امام السامع صحوان بيعكم سجودنا التالي كما قال صلى الله عليه وسلم للتالي كنت اماما لو سجدت لسجدنا فان قيل
هذه النسبة بنفسه خاصة لجوازان يسجد التالي دون الامام او بالعكس والجواب ان في ذلك مخالفة للامام
وهي مفسدة فلم يذكرها لكونه ذلك منفيا عنه في عدم الجواز ولهذا ان المقتدي محجور عن القراءة لان الحجر
هو المنع من التصرف على وجه يظهر نفاذه ذلك التصرف عليه من جهة غيره والمقتدي كذلك لان الصفة التي
صحته لانه ممنوع عن القراءة والقراءة تبعة له من جهة امامه قال صلى الله عليه وسلم من كان له امام
فقراءة الامام له قراءة وكل من هو محجور لا حكم لتصرفه ووجوب السجدة حكم التصرف الذي هو القراءة فلا يثبت
وقوله بخلاف الحائض جواب عما يقال المقتدي في كونه ممنوعا عن القراءة كالحائض والجنب والسجدة تجب
على من سمعها لكنها تجب على من سمع المقتدي ووجهه انهما منهيان عن القراءة والتصرفات المنهي عنها تتحقق لما
عرف من اصلنا ان النهي عن الافعال الشرعية لا يعدم المشروعية فان خطر في ذهنك ان القراءة محل حسي
فالنهي عنه يعدم المشروعية فعليك بالنظر فيما في تقرير الحجة على شمس الائمة من قبل لو كان كذلك لوجبت على الحائض
بتلاوتها وسماعها لكنها لا تجب اجيب بما معناه ان عدم الوجوب عليها لا نعدام اهلية الصلاة وذلك لان
السجدة ركن من الصلاة والحائض لا يلزمها الصلاة مع تقرر السبب فلا يلزمها السجدة ايضا لخلاف الجنب
فان الصلاة يلزمه فكذلك السجدة **وقوله** ولو سمعها رجل خارج الصلاة سجدها يعني بالاتفاق **قوله**
هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انه على الاختلاف لا يسجدها عندهما ويسجد عند محمد وهو الصحيح
من مذهب بعضهم ما ذكران الحجر ثبت في حقهم لان علة الحجر الاقتداء وهو مختص بهما فلا يتعدى
وردان المقتدي اما ان يكون محجورا ولا والاول يستلزم نفي القدم والثاني ينفي الوجوب ولكونه
انه محجور بالنسبة الى من يقتدي وهو الخارج وان سمعها وهم في الصلاة من رجل ليس معهم في الصلاة
لانها ليست بصلاتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال الصلاة لان افعال الصلاة اما ان تكون
فرضا او واجبا او سنة وهذا السماع ليس شيئا من ذلك وما ليس من افعال الصلاة لا يجوز ان يؤدي
في الصلاة لم يجزهم ولم يفسد صلاتهم في ظاهر الرواية اما عدم الجواز فلانه اي لان هذا السجود
ناقص لمكان النهي وهو منع الشرع عن ادخال ما ليس من افعال الصلاة فيها فلا يتادى به الكامل وهي
السجدة الواجبة بالسماع ممن ليس بمحجور فان ما وجب كاملا لا يتادى ناقصا ورد بانها لانها وجبت
كاملا فانما وجبت في وقت الصلاة باتفاقها حرام فكانت كالعصر وقت الاصفرار وجب
ناقصة فيتادي ناقصة والجواب ان الوقت ههنا ليس سببا لها كما في العصر لما ذكرت انه ليس كذلك
سببه فيما ذكرنا واما عدم فساد الصلاة فلان الفساد انما يكون بترك فرض او باتيان ما ينافيها
وما اتوا به ليس كذلك لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلاة لانها في ذاتها من افعال الصلاة وذكر في
النوادر انها تفسدها لانهم زادوا فيها ما ليس منها وهذا ما ذكر في النوادر قول محمد وهو جواب القياس وما
ذكرنا قولهما وهو جواب الاستحسان ووجهه بناء على اختلافهم في سجدة الشكر فعند محمد السجدة الواحدة
عبادة مقصودة ولهذا كان سجدة الشكر مشروعة فتفسد بشروعها ولم تكن ماكان قربة وعند

ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف انها غير مسنونة والسجدة الواحدة بمنزلة الركعة
لكونها ركنا من اركان الصلاة غير مشتغلة عبادة فان قراءها الامام وسمعها رجل ليس معه
في الصلاة فدخل معه فاتحاد دخل بعدما سجد الامام او قبله فان كان الاول لم يكن عليه ان
يسجدها لانه صار مدركا لها اي السجدة بادراك تلك الركعة وهذا مشير الى انه لو ادرك الامام
في الركعة الاخرى لم يصر مدركا للسجدة فينبغي ان يسجدها خارج الصلاة لاتصالها بركوع وكذا
للقراءة ولانها تعلق بها من السجدة وقال الامام العتابي واشار في بعض النسخ الى انه ينقطع عنه لانها
صارت صلاتية وطولبت بالفرق بين هذا وبين ما اذا ادرك الامام في ركوع صلاة العيدين
فان عليه ان ياتي بالتكبيرات ولم يصر مدركا لها بادراك الركعة في الركوع اجيب بان الادراك الحقيقي
ممكن لانه ياتي بما هو من جنسها وهو تكبير الركوع تؤتى بها حالة الركوع فلحق به تكبيرات
العيد فاذا كان الادراك الحقيقي ممكنا لا يصار الى الادراك الحكمي بخلاف سجدة التلاوة فانه ليس من
جنسها ما يؤتى به في حالة الركوع لتكون حقيقة الادراك ممكنا فيصار الى الحكمي وان كان الثاني يسجدها
لانه لو لم يسمعها بان اخفاها الامام سجدها معه فهنا اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وهو
التلاوة عمن ليس بمحجور عليه اذ السماع من تلاوته صحيحة على اختلاف المشايخ قيل ينبغي ان لا يسجد
لان الصحيح ان التلاوة هي السبب في حق السامع ايضا وكانت في الصلاة فكانت السجدة صلاتية
فلا تقضى خارجها واجيب بانهم لما اختلفوا في كون التلاوة سببا في حقه او السماع وجب السجدة
احتياطا لانا ان نظرنا الى التلاوة لا يلزمه السجدة وان نظرنا الى السماع يلزمه خارج الصلاة فامرناه بها
خارجها احتياطا **وقوله** وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلاة ضابطة
كلية يستخرج بها الفروع الداخلة تحته وزد لبيانه ما ذكره بقوله لانها صلوتية ومعنى الصلاتية ان تكون التلاوة
الموجبة لها من افعال الصلاة ولها مزية الصلاة وكان وجوبها كاملا وما وجب كاملا لا يتادى ناقصا
وفيه بحث من اوجه الاول انما قيل هذا الكلي منقوض بما اذا سمعها وهم في الصلاة ممن ليس معهم في الصلاة
فانها سجدة وجبت في الصلاة ويسجدها بعدها كما تقدم والثاني ما قيل ان قوله لم تقض لها في غير موضعه
لانها تؤدى بسجدة الصلاة وان لم ينوها والثالث ما قيل ان المناسب ذكره في التسبب فالصواب صلوتية واجيب
عن الاول بانه بتقدير وكل سجدة صلاتية واجبة في الصلاة او صفة كاشفة وعن السؤال الثاني ان غرضها
من التاكيد والمدح والذم والمقام لا يقتضيه فالصواب ان يقال بتقديره وكل سجدة عن تلاوة وجبت
في الصلاة اي ثبتت وعن الثالث بان سجدة التلاوة انما يتادى بسجدة الصلاة اذا قرأ آية السجدة وسجد
اما اذا لم يكن يسجد على الفور حتى قرأ بعدها ثلاث آيات وركع او سجد للصلاة ينوي بها سجدة التلاوة
فانها لا يجزئه لانها صارت دينا عليه بفوات وقتها فلا يتادى في ضمن الغير وزد بان وقتها موسع فمتى سجد كان
اداء لا قضاء واجيب بان ذكر هذا عند محمد وفي رواية عن ابي حنيفة وعن ابي يوسف وفي رواية عن ابي
حنيفة ان وجوبها على الفور لا التراخي فيجوز ان يكون المصنف اختار ذلك وعن الثالث بانه خطأ
مستعمل هو عند العلماء خير من صواب نادر **قال** ومن تلى سجدة فلم يسجدها حتى دخل الباب الداخل في سجدة
التلاوة اي من تلا آية سجدة خارج الصلاة ولم يسجدها حتى دخل في الصلاة فاعادها اي تلا تلك
الآية ولم يتبدل المجلس الصلاة عن مجلس التلاوة وسجد في الصلاة اجزأته السجدة التي سجدها عن التلاوتين
لان الثانية اقوى لكونها صلاتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد سجدة اخرى بعد الفراغ من الصلاة
لان الصلاتية ان كانت اقوى فللاولى فضل السبق فاستويا فلا يكون احدهما اولى بالاستتباع وجواب
ظاهر الرواية ان الثانية بعد التساوي قوة اخرى وهو الاتصال بالمقصود اي اتصال التلاوة بما هو

المتصو دي الحكم وهو السجود فرجحت بها واستتبعت وعورض بان الحالة الاولى بالثانية خلاف موضع
التداخل لان السابق قد مضى واضمحل فكيف يلحق باللاحق واجيب بان السابق قد يكون تبعا اذا كان
اللاحق اقوى كالسنة تبع الفريضة **وقوله** وان تلاها يعني خارج الصلاة فسجد ثم دخل في الصلاة
فتلاها اي تلك الآية وجبت عليه اخرى لان الثانية هي المستتبعة لما ... انها اكمل لصلاتيه
اقوى من تلك مستتبعة لا وجه لالحاقها اي السجدة المفعولة بها وهي التلاوة الاولى لانها ان الحقت
وهي تابعة للثانية كانت السجدة ملحقة بالتلاوة الثانية وذلك يؤدي الى سبق الحكم قبل السبب فتبين
ان التداخل في هذه الصورة متعذر فيجب سجدة ثانية للتلاوة الثانية واياك ان تركض من الحاقها الى
التلاوة الا بما فعله بعض الشارحين واعترض على المصنف فانه فاسد فتامل فيه يتجه وهو ان
الصلاتية انما ترجحت في المسئلة الاولى باتصال المقصود وههنا مع الاولى السبق والاتصال بالمقصود مع
الثانية كونها صلاتية فتطارفا في ... فيستتبعها ويمكن الجواب عنه بان المصنف الى الاتصال انما كان على وجه
التنزل من المصنف والا فكونها صلاتية اقوى من السبق لانها [illegible] اذا قهقه فيها [illegible]
دون غيرها وبالنظر الى ذلك يتم الدليل **قال** ومن كرر تلاوة سجدة واحدة ذكر مسئلة [illegible] وبين التداخل
والاصل ان مبنى السجدة على التداخل [illegible] استحسانا والقياس ان تجب لكل تلاوة سجدة سواء كانت
في مجلس واحد او لم تكن لان كل سجدة حكم التلاوة والحكم يتكرر بتكرر السبب وجه الاستحسان ما ذكره بقوله
دفعا للحرج وذلك ان المسلمين يحتاجون الى تعلم القران وتعليمه وذلك يحتاج الى التكرار غالبا فالزام التكرار
في السجدة مفض الى الحرج والحرج مدفوع وقد صح ان جبرائيل صلوات الله عليه كان ينزل بالوحي على
رسول الله صلى الله عليه وسلم ويكرر عليه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجد مرة واحدة وتعليم الجواز
التداخل دفعا للحرج ثم التداخل اما ان يكون في السبب او في الحكم والاليق بالعبادات الاول وبالعقوبات
الثاني وذلك لان التداخل اذا كان في الحكم دون السبب كانت الاسباب باقية على تعددها فيلزم وجود السبب
الموجب للعبادة بدونها وفي ذلك ترك الاحتياط فيما يجب فيه الاحتياط فقلنا بتداخل الاسباب فيما يكره
جعلها بمنزلة سبب واحد يترتب عليه حكم اذا وجد دليل الجمع وهو اتحاد المجلس واما العقوبات فليس
مما يحتاط فيها بل في درئها فيجعل التداخل في الحكم ليكون عدم الحكم مع وجود الموجب مضافا الى عفو الله وكرمه
فانه هو الموصوف بسبوغ العفو وكمال الكرم وثمرة ذلك تظهر فيما اذا تلا آية سجدة في مكان فسجد لها ثم
تلاها فيه مرات فانه يكفيه تلك السجدة المفعولة اولا ولو لم يكن التداخل في السبب لكانت التلاوة التي
بعد السجدة سببا وحكمه قد تقدم وذلك **وقوله** وامكان التداخل اي امكان التداخل [illegible] دليل
الجمع وهو اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات الا ترى ان شطري العقد يجمعها المجلس فاذا تفرقا في الاولى فاذا
اختلف عاد الحكم الى الاصل وهو وجوب التكرار لعدم الجامع فان قيل ما بال الجامع لم يجمع بين الآيات في
مجلس كما جمع بين التلاوات فيه قلنا لعدم الحرج فان آيات السجدة محصورة والغالب عدم تلاوة الجميع
في مجلس بخلاف التكرار للتعليم فانه ليس بمحصور ويتفق في مجلس ثم اختلاف المجلس انما يكون بالذهاب
عنه بعيدا قال محمد ان كان مشى مقدار [illegible] من عرض المسجد وطوله فهو قريب وقيل ان مشى خطوتين او ثلاثة
فهو قريب وان كان اكثر من ذلك فهو بعيد [illegible] ولا يختلف بمجرد القيام لانه [illegible] الاتيان بالسجدة
لان الحروف الواردة في القران سقوطا من القيام بخلاف الخروج فان [illegible] القيام لكونه دليل
الاعراض فان من [illegible] وهو قاعد [illegible] لكونه [illegible] فاذا قامت [illegible] دل على الاعراض [illegible]
وكذا [illegible] وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وكلامه واضح وكان صاحب النهاية وهذا اللفظ نفي قوله
وفي المتنقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح وكذا الصح الدياسة تدل على اختلاف المشايخ في المتنقل من

غصن

غصن الى غصن كذلك في الاصح وكذلك في الدياسة تدل على اختلاف المشايخ الا في تسدية الثوب لانه
تلقيها بالجواب من غير تردد [illegible] شبه جواز الثاني بكونه الاصح وليس بواضح لجواز ان يكون قوله في الاصح
متعلقا بالمسئلتين جميعا **وقوله** للاحتياط يجوز ان يكون وجه الاصح في الصور الثلاثة المذكورة
ووجهه انما النظر الى اتحاد العمل وانما دائم المجلس فلا تكرر الوجوب وبالنظر الى الحقيقة اختلاف
المكان يتكرر الوجوب فقلنا بالتكرار للاحتياط **وقوله** ولو تبدل مجلس التالي دون السامع **وقوله** على ما قيل يعني به
قول فخر الاسلام ان من مجلس التالي اذا تكرر دون السامع يتكرر الوجوب على السامع لان الحكم يضاف الى السبب وكانه
في حقه السماع [illegible] وكان مجلسه متحدا وهو قول الحيسنجابي [illegible] عليه الفتوى
ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع راسه اعتبارا بسجدة الصلاة **وقوله** اعتبارا بسجدة
الصلاة اشارة الى ان التكبير فيها سنة كما في المشبه به **وقوله**
[illegible] **وقوله** ولم يرفع يديه احترازا عن مذهب الشافعي رحمه الله فان عنده
ان يرفع يديه نادبا ثم يكبر للسجود ولا يرفع يديه ثم يكبر للرفع ويسلم ولم يذكرها [illegible] في السجود
[illegible] فيها سبحان ربنا ان كان وعد ربنا لمفعولا والاصح ان يقول فيها ما يقول في سجدة الصلاة ولو
لم يذكر فيها شيئا جاز فكذلك هذه **وقوله** ولا تشهد عليه ولا سلام نفي لقول بعض اصحاب الشافعي الذين
[illegible] فيها تشهدا وسلاما **وقوله** لان ذلك اي التشهد والسلام للتحلل وهو
يستدعي سبق التحريمة وهي معدومة فان قيل لا نسلم ان التحريمة معدومة لانه قال وكبر والتكبير للتحريم
اجيب بانه ليس كل تكبير للتحريم الا ترى ان تكبير السجود فانه ليس للتحريم وهذه السجدة لما اشبهت بسجدة الصلاة
سن فيها التكبير للمشابهة **وقوله** اشبه بالاستنكاف يعني ان الاستنكاف حرام لانه كفر فيكون ما يشبهه
مكروها **وقوله** شرط السامعين قال في المحيط ان كان التالي وحده يقرأ كيف شاء من جهر واخفاء
وان كان معه جماعة قال مشايخنا ان كان القوم متهيئين للسجود ويقع في قلبه انه لا يشق عليهم اداء
السجدة ينبغي ان يقرأ جهرا حتى يسجد القوم معه لان في هذا احثاثهم على الطاعة وان كانوا محدثين
او وقع في قلبه انه يشق عليهم اداء السجدة ينبغي ان يقرأ في نفسه ولا يجهر تحرزا عن تاثيم المسلم
وذلك مندوب اليه

باب صلاة المسافر

لما كان السفر من العوارض المكتسبة ناسب ان يذكر مع سجدة التلاوة لان التلاوة ايضا كذلك
وتوخر عنها لانها عبادة دونه والسفر في اللغة قطع المسافة وليس المراد هنا كل قطع بل المراد قطع خاص
وهو ان يتغير به الاحكام فعبر عنه بذلك وذكر القصد وهو الارادة الحادثة المقارنة لما عزم عليه من الفعل
طاف جميع العالم بلا قصد سير ثلاثة ايام لا يصير مسافرا ولو قصد ولم يظهر ذلك بالفعل فكذلك
المعتبر في حق تغير الاحكام اجتماعهما [illegible] الاقامة يثبت بمجرد النية [illegible] بالفعل وهو حاصل لم يكن
كذلك اجيب بان السفر فعل ومجرد القصد لا يكفيه والاقامة ترك وهو يحصل بمجردها وسيجيء
نظيرها في كتاب الزكاة في العبد للخدمة ينوي ان يكون للتجارة وعكسه ان شاء الله تعالى والاحكام
التي تتغير بالسفر قصر الصلاة واباحة الفطر وامتداد مدة المسح الى ثلاثة ايام وسقوط وجوب
الجمعة والعيدين والاضحية وحرمة الخروج على الحرة بغير محرم قال مثل فكما انه لا بد من القصد لا بد منه
للتغير فكذلك مجاوزة بيوت المصر ولم يذكره اجيب بانه بصدد بيان تعريف السفر وما ذكره من شرط تغيير

وسنذكره وقوله سير الابل بالنصب بدل على قوله مسيرة ثلاثة ايام وقوله عم الرخصة الجنس ومن
ضرورته عموم التقدير ... الجنس لعدم معهود فيكون الرخصة وهو التقدير
عاما بالنسبة الى ما هو من هذا الجنس وذلك ... ان يكون التقدير بثلاثة ايام ايضا عاما بالنسبة الى
ذلك والا لكان نقيضه صادقا وهو بعض من هو مسافر لا يمسح ثلاثة ايام ولياليها ويلزم الكذب المحال على الشارع
ان كانت الجملة خبرية بمعنى انشائية او عدم الامتثال للامر ان كانت طلبية وذلك لا يجوز ...
ان هذا انما يلزم ان لو كان ثلاثة ايام ظرفا للمسح ولم لا يجوز ان يكون ظرفا لقوله والمسافر حتى يكون معناه
كل المسافر ثلاثة ايام ولياليها يمسح وتخصيص الذكر لا يدل على نفي ما عداه فيجوز ان يكون المسافر يوما وليلة
او اقل يمسح بدليل آخر وهو ما يروى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يا اهل مكة لا تقصروا في ادنى
من اربعة برد من مكة الى عسفان والثاني انه متروك الظاهر لان ظاهره يقتضي شيئا مثل ثلاثة ايام
ولياليها وذلك ليس بشرط بالاتفاق والجواب عن الاول ان راوي الحديث عبد الوهاب بن مجاهد وهو ضعيف
عند النقلة جدا حتى كان سفيان يرميه بالكذب فبقي قول المسح للمسافر يوما وليلة قولا بلا دليل
لكن لا يجوز ان يكون ثلاثة ايام ظرفا للمسافر والا لكان ... قوله يمسح المقيم يوما وليلة كذلك وكان حكم المقيم
والمسافر في مدة المسح واحدا في بعض الصور وفي ذلك التسوية بين حكم الرخصة والمشقة وهو خلاف موضوع
الشرع وعن الثاني بان النزول للاستراحة ملحق بالسير حتى تكمل مدة السفر بسير ... وقدر ابو يوسف
وهو رواية المعلى عنه بيومين واكثر اليوم الثالث ... ثلاثة الايام ... مسيرة ثلاثة ايام فيصل
الى المنزل قبل الوقت بساعة ولا يعتد بذلك والشافعي رحمه الله يقدر في قول بيوم وليلة ...
... على ذلك بحديث عبد الوهاب وكفى بالسنة ... ما روينا حجة عليهما وقوله وهو قريب من الاول
اي التقدير بثلاث مراحل قريب الى التقدير بثلاثة ايام لان المعتاد في الشريعة كل يوم مرحلة خصوصا
في اقصر ايام السنة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول عامة المشايخ فانهم قدروها بالفراسخ ثم اختلفوا
فقال بعضهم احد وعشرون فرسخا وقال آخرون ثمانية عشر وآخرون خمسة عشر وقوله ولا يعتبر
السير في الماء يعني اذا كان لموضع طريقان احدهما في الماء يقطع بثلاثة ايام ولياليها اذا كانت الريح
هادئة والثاني في البر يقطع بيوم او بيومين لا يعتبر احدهما بالآخر فان ذهب الى طريق الماء ... ساكنة
لا عالية كما في الجبل فانه يعتبر بثلاثة ايام ولياليها في الشريعة وان كانت تلك المسافة في السهل
يقطع بما دونها قال وفرض المسافر في الرباعية ركعتان القصر في حق المسافر رخصة اسقاط عندنا
ورخصة ترفيه عند الشافعي ... بعض المشايخ عنه بالعزيمة ... فرضه عندنا ركعتان
لا يزيد عليهما وعنده فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم فان هذه رخصة شرعت للمسافر فيتخير فيها كما في
الصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يأثم على تركه وهذه آية النافلة وهو ظاهر وقوله بخلاف
الصوم جواب عن قياس الخصم بان الصوم يقضى يعني انه ترك الشيء لا الى بدل علامة كونه نافلة وما ذكرتم
... فهو القياس فلا يرد علينا وفيه بحث من وجهين احدهما ان هذا تعليل في مقابلة النص
لان الله تعالى قال فليس عليكم جناح ان تقصروا ولفظة لا جناح تذكر للاباحة دون الواجب ولان النبي
صلى الله عليه وسلم سماه صدقة ... والثاني ان ...
ليس عليه قضاء الا ... فرضا فلم يكن ما ذكرتم آية النافلة والجواب عن الاول ان النص
... الاية ... قال ان تقصروا من الصلاة ... على القصر ...
ليس بشرط لقصر ذات الصلاة بالاتفاق ولا يكون ... القصر الاوصاف ...
الى القعود او ترك الركوع والسجود الى الايماء لخوف عدو او غيره وعندنا قصر الاوصاف فعند الخوف يباح

لا واجب

لا واجب واما الحربي فلان التصدق بما لا يحتمل التمليك من غير مفترض الطاعة كالعتاق والطلاق والقصاص
اسقاط محض لا يرتد بالرد فلان يكون من مفترض الطاعة اولى وعن الثاني بانه ...
مستطيعا فيفترض عليه ويأثم بتركها كالاغنياء قوله وان صلى اربعا ظاهر وقوله وان لم يقعد قدرها
اي قدر قعدة التشهد بطلت صلاته لاختلاط النافلة بما قبل اكمال اركانها لان القعدة الاخيرة ركن وقد تركها
... احتياج صلاة المسافر الى القراءة كاحتياجها الى القعدة واذا ... القراءة في الركعتين ... الى الثالثة
ونوى الاقامة وقرأ في الاخريين جازت صلاته عندهما خلافا لمحمد ... تبطل بترك القعدة واجيب بان
كلامنا فيما اذا لم يقعد في الاولى وقام اليها من غير نية الاقامة فيكون فيه اختلاط النافلة
بالفرض قبل كماله وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه اذا نوى الاقامة ...
... صار فرضه اربعا وصار قراءته في الاخريين
قراءة في الاوليين والقعدة الاولى لم تبق فرضا وانما يصير مسافرا ... الصلاة اذا فارق بيوت المصر
من الجانب الذي يخرج منه وان كان في غيره من الجوانب بيوت ...
... وحكم الاقامة ... هذا الموضع ... السفر بالمجاوزة عنه
وفيه الاثر عن علي رضي الله عنه روي انه خرج من المصر يريد السفر فحان وقت الصلاة فلم يصل حتى
نظر الى خص امامه وقال لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا والخص بيت من قصب واختلفوا في قدر الانفصال
من الامام ... الاشبه ان يكون قدر غلوة واعترض بان صلاة الجمعة والعيد لا تجوز اقامتها في
هذا المقدار من المصر وهي لا تقام الا في المصر فان كان هذا الموضع من المصر كيف جاز القصر وان لم
يكن منه كيف جازت هذه الصلاة واجيب بان فناء المصر انما الحق به فيما كان من حوائج اهله وقصر
الصلاة ليس منها ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما
او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر عندنا وقال الشافعي في قول اذا نوى اقامة اربعة ايام صار مقيما
وفي قول آخر صار مقيما وان لم ينو ... للاول بقوله تعالى واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح
ان تقصروا من الصلاة علق القصر بالضرب في الارض ومن نوى الاقامة فقد ترك الضرب ...
... الا انا تركنا ما دون ذلك بدليل الاجماع والثاني بقول عثمان رضي الله عنه من ...
... ثلاثة ايام ايضا ولا اجماع على
عدم جوازها في الاربعة كالاجماع على ما دونها ذكره الطحاوي وقد روي عن عثمان رضي الله عنه خلاف
ذلك ايضا فلا يكون حجة ولنا ما ذكرناه ... اعتبار ... لان السفر ...
السفر يتجدد ... فلا يمكن اعتبار ... فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان فان
مدة الطهر توجب لاعادة ما سقط بالحيض والاقامة توجب لاعادة ما سقط بالسفر فكما قدر ادنى مدة
الطهر بخمسة عشر يوما فكذلك يقدر ادنى مدة الاقامة ولهذا قدرنا ادنى مدة الحيض والسفر بثلاثة ايام
لكونهما مسقطين وهو اي التقدير بمدة الطهر ما ... عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم
انهما قالا اذا دخلت بلدة وانت مسافر وفي عزمك ان تقيم خمسة عشر يوما فاكمل الصلاة وان كنت لا تدري
متى تظعن فاقصر والاثر في مثله من المقدرات الشرعية كالخبر المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
لان العقل لا يهتدي الى ذلك وحاشاهم عن الجزاف وكان قولهم معتمدا على السماع ضرورة لا يقال كلامه
متناقض لانه اعتبرها اولا بمدة الطهر ... ثم قال والاثر في مثله يعني ما لا يعقل من المقدرات كالخبر
لان ذلك اظهار معنى بعد ثبوت اصله بالاثر لا ان يثبت ذلك بالرأي لانه لا مدخل له فيه وقوله وهو
اي الظاهر من الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف ان الرعاة اذا نزلوا موضعا كثير الكلأ والماء ونووا

الاقامة خمسة عشر يوما فلما دام الحال كذلك لم يكن بتلك المدة صاروا مقيمين وكذلك اهل الاخبية وقال ابو بكر الرازي في المفازة انما لا يصح اذا سار الى ثلاثة ايام بنية السفر فاما قبل ذلك فيصح لان السفر لم يتم علة كانت نية الاقامة نقضا للعارض لانه ابتدا علة واذا سار ثلاثة ايام ثم نوى كان ابطالا للحاجة فلا يصح الا في محله ذكره فخر الاسلام في اصوله في العوارض المكتسبة **وقوله** ولو دخل مصرا واضح واذربيجان صح بفتح الهمزة والراء وسكون الذال المعجمة **وقوله** وعن جماعة الصحابة رضي الله عنهم مثل ذلك وحكي عن سعيد بن ابي وقاص رضي الله عنه انه اقام بقرية من قرى نيسابور وكان يقصر وكذلك روي عن ابن عباس رضي الله عنه لا يقال هذا مخالف لقوله تعالى واذا ضربتم في الارض عليكم ما مر من التقرير لان المراد به سفر الصلاة كما تقدم **وقوله** واذا دخل العسكر ارض الحرب حاصل معناه ان نيتهم لم تصادف محلها لان محلها هو ما يكون محل قرار النية وهذا دائر بين القرار والفرار كما ذكر في الكتاب فلم تكن دار اقامة ونعضده ما روى جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اقام بتبوك عشرين يوما يقصر الصلاة **وقوله** وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام انما ذكره وكان يعلم حكمه من حكم اهل الحرب لدفع ما عسى يتوهم ان نية الاقامة في دار الحرب انما لم يصح لانها منقطعة عن دار الاسلام وكانت كالمفازة بخلاف مدينة اهل البغي لانها في يد اهل العدل حكما فكان ينبغي ان تصح النية وكذا اذا حاصروهم في البحر فيما لان حالهم مبطل عزيمتهم لان المحل ان كان صالحا للنية لكن ثم ما نافى آخر وهو انهم انما يقيمون لغرض فاذا حصل ارتحلوا فلا يكون نيتهم مستقرة وهذا التعليل يدل على ان نيته في غير مصر **وقوله** في الخانية اهل البغي وحاصروهم في الحصن لم تصح نيتهم لانه يمكن كالمفازة عند حصول المقصود ولا يقيمون فيها **وقوله** في الوجهين اي في محاصرة اهل الحرب واهل البغي **وقوله** لانه موضع اقامة اي ثبوت المدد وذكر الصلاة الجرجاني وفرق ابو يوسف بين الابنية والاخبية فان موضع الاقامة والقرار في الابنية دون الاخبية ونية الاقامة من اهل الكلا وهم اهل الاخبية مختلف فيها فمنهم من يقول لا يصح ابدا لانهم ليسوا في موضع الاقامة والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة للرجل اصل والسفر عارض فلا يجعل عند قصد الانتقال الى مكان بيته ومن مدة السفر وهم لا يقصدون ذلك وانما ينتقلون من ماء الى ماء ومن مرعى الى مرعى فكانوا مقيمين ابدا **قال** وان اقتدى المسافر بالمقيم بين هاهنا احكام اقتداء المسافر بالمقيم وعكسه ولا ولا يجوز اذا كان في الوقت ولا يجوز بعد خروجه والثاني يجوز في الوقت ويتغير فرضه اربعا لانه التزم المتابعة فيصير فرضه اربعا وعلى هذا اذا اقتدى مسافر بمقيم في الوقت اتم صلاته اربعا لانه التزم المتابعة ومن التزم المتابعة تغير فرضه الى الاربع للتبعية كما تغير بنية الاقامة فان قيل على التغير فرضه بالتبعية بقوله للتبعية قلنا تعليله بعد ذلك بقوله لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت قلت ذلك تعليل ان الجامع موجود وهو اتصال المغير بالسبب فان المغير في الاول هو الاقتداء وقد اتصل بالسبب وان اقتدى به في غيره لعدم اتصال المغير كما اذا نوى الاقامة بعد الوقت وانما قال وان دخل معه في فائتة ولم يقل وان اقتدى به في غير الوقت لئلا يرد عليه ما اذا دخل مسافر في صلاة المقيم في الوقت ثم ذهب الوقت فانه لم تفسد وقد وجد الاقتداء لان الاتمام لزمه بالشروع مع الامام في الوقت فلا يتغير من المقيمين واعترض بان المتابعة لو استلزمت الاتمام لصح على المسافر ان يقتدي بمقيم في الظهر ان يتم صلاته اربعا لانه صار تابعا للمقيم وليس كذلك فانه فرضه لا يتغير واجيب بان الاعتبار في ذلك للابتداء والمسافر كان فيه متبوعا لا تابعا **وقوله** فيكون اقتدا

المفترض بالمتنفل في حق القعدة فان اقتدى به في اول الصلاة او القراءة ان اقتدى به في الشفع الثاني وكلاهما القعدة والقراءة نفل فان نية الجمع لجواز اجتماعهما وذلك ايضا مفسد واعترض بوجهين احدهما ان الامام لو نوى القراءة في الشفع الاول وقضاها في الشفع الثاني ينبغي ان تجوز في هذه الصورة اقتداء المسافر بالمقيم وان كان تحريمة الوجه لكون القعدة والقراءة فرضين على الامام ايضا كالمقتدي والثاني ان اقتداء المتنفل بالمفترض في الشفع الثاني جائز مع ان القراءة على المفترض نفل وعلى المتنفل فرض فكان اقتداء المفترض بالمتنفل واجيب عن الاول بان القضاء يلتحق بمحل الاداء فبقي الشفع الثاني خاليا عن القراءة فكان بناء الموجود على المعدوم وذلك لا يجوز وعن الثاني بان صلاة المتنفل اخذت حكم الفرض في صلاة الامام ولهذا لو افسد المتنفل صلاته بعد الاقتداء وجب قضاؤها اربعا وان اقتدى المقيمون بمسافر صلى بهم ركعتين وسلم واتم المقيمون صلاتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين وقد ادى ما التزم ولم يتم صلاته فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح **قوله** في الاصح احتراز عما قال بعض المشايخ من وجوب القراءة فيما يقضون لانهم منفردون فيه ولهذا يلزمهم سجود السهو اذا سهوا فيه فاشبهوا المسبوقين ووجه الاصح ما ذكر في الكتاب انه مقتد تحريمة لا فعلا في الشفع الثاني اما انه مقتد تحريمة فلانه التزم الاداء معه في اول التحريمة واما انه ليس مقتد فعلا فلانه فعل الامام قد فرغ بالسلام على راس الركعتين وكل من كان كذلك فهو لاحق ولا قراءة على اللاحق لانه بالنظر الى كونه مقتديا فعلا تستحب له القراءة لان فرض القراءة صار مؤديا فلذا قرأ انه من كونه خلفه وتستحب فكان الاحتياط في الترك ترجح الحرمة بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة يعني في الاخريين لان الكلام فيه فبالنظر الى كونه مقتديا كانت بدعة وبالنظر الى كونه منفردا كانت فرضا لانه لم يتأد فرض القراءة وكانت عليه واجبة كيف قال فكان الاتيان اولى اجيب بان الاولوية لانها في الوجوب لان المراد بالاولوية ترجيح جانب الوجود على الترك وهو موجود في الوجوب وزيادة وفيه بافة وتكل ذكره في مقابلة قوله فتركها احتياطا ومراده التخلف منفردا يجب عليه القراءة ولو تركها فسدت صلاته اولى من جعله مقتديا وفيه نظر لانه يجب جعله منفردا ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلاتكم فانا قوم سفر اي مسافرون وهذا يدل على ان العلم بحال الامام بكونه مقيما او مسافرا ليس بشرط لانهم ان علموا انه مقيم كان كذبا فدل على ان المراد به اذا لم يعلموا حاله وهو مخالف لما ذكر في فتاوى قاضيخان

~~[illegible]~~

وغيره ان من اقتدى بامام لا يدري انه مقيم او مسافر لا يصح اقتداؤه والتوفيق بينهما ما ذكره اذا بنوا امر الامام على ظاهر حاله الاقامة والحال انه ليس بمقيم وسلم على راس الركعتين وتوقفوا على ذلك لاعتقادهم فساد صلاة الامام واما اذا علموا بعد الصلاة حال الامام جازت صلاتهم وان لم يعلموا حاله وقت الاقتداء وهذا القول يعلم به فان قيل يعلم بعد هذا التعليل ان يكون هذا القول واجبا على الامام لان اصلاح صلاة القوم يحصل بما يحصل به ذلك فهو واجب على الامام فكيف قال ويستحب اجيب بان اصلاح صلاتهم ليس يتوقف على هذا القول البتة بل اذا سلم على راس الركعتين وعلم عدم سهوه فالظاهر من حاله انه مسافر حملا لامره على الصلاح فكان قوله هذا لتأكيد ذلك زيادة اعلام بانه مسافر وازالة للتهمة عن نفسه واقتدى بالنبي صلى الله عليه وسلم فانه قال حين صلى باهل مكة وهو مسافر فكان امرا مستحبا لا واجبا **قال** واذا دخل المسافر مصره اتم الصلاة معناه اذا استكمل المسافر مسيرة ثلاثة ايام ثم دخل وطنه الاصلي اتم الصلاة وان لم ينو الاقامة فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد للاقامة خمسة عشر يوما فان الظاهر عودته والاستبداد لا بالمعقول

وهو ان نية الاقامة انما تعتبر لتصير ورة المسافر ... المقام فيه ...

... الى النية فاما في مصره فهو متعين للاقامة كما كان قبل السفر واما اذا لم يستكمل المسافر مسيرة ثلاثة ايام ... العزم على الدخول في مصره يصير مقيما ويتم صلاته وان لم يدخل لما ذكرنا من قبل انه رفض الايجاب لا ابتداء ايجاب قوله ومن كان له وطن فانتقل عنه اعلم ان عامة المشايخ قسموا الاوطان الى ثلاثة وطن اصلي وهو مولد الرجل والبلد الذي تأهل فيه ووطن اقامة وهو البلد الذي ينوي المسافر فيه الاقامة ... ووطن سكنى وهو البلد الذي ينوي المسافر فيه الاقامة اقل من خمسة عشر يوما والمحققون منهم قسموا الى الوطن الاصلي ووطن الاقامة ولم يعتبروا وطن السكنى وهو الصحيح لانه لم يثبت فيه الاقامة بل حكم السفر فيه باق والاصل ان الوطن الاصلي يبطل بالوطن الاصلي دون وطن الاقامة ووطن الاقامة يبطل بوطن الاقامة وبانشاء السفر وبالوطن الاصلي لان الشيء انما يبطل بما فوقه او يساويه لا بما دونه والدليل على ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وقال اتموا صلاتكم يا اهل مكة فانا قوم سفر واما وطن الاقامة فلانه ما يساويه وما فوقه فيبطل بكل منهما وبانشاء السفر ايضا لانه ضده فان قيل ينتقض بالوطن الاصلي ايضا فلم يبطله فالجواب انه لا يبطله لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخرج من المدينة الى الغزوات ولم ينتقض وطنه بالمدينة حتى لم يحتج الى تجديد الاقامة بعد الرجوع وقوله لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع تفضي الى عشرة وخمسة عشر ... ذلك المقدار فيكون كل مسافر مقيما ... وهو فاسد لا خلاف اللوازم الدالة على عدم الاجتماع وقوله الا اذا نوى يستثنى من قوله لم يتم الصلاة لان اقامة المرء مضافة الى مبيته ظاهر لا يرى ان السوقي اذا قيل له اين تسكن يقول في محلة كذا وهو بالنهار كائن في السوق وقوله لان المعتبر في السببية عند عدم الاداء قبل آخر الوقت لما عرف في الاصول يعني آخر الوقت ان كان مسافرا وفاتته الصلاة قضى ركعتين وان كان في آخر الوقت مقيما وفاتته تقضي اربعا وان كان في اوله مسافرا ... واذا فاتته الصلاة عن وقتها كان كل الوقت سببا ... والجواب بان بعض المشايخ يرون السببية على الجزء الاخير ... قال الا بحسب الاداء يعني ان كل من وجب عليه اداء اربع يقضي اربعا ومن وجب عليه اداء ركعتين يقضي ركعتين وهذا لا نزاع فيه ... المعتبر في السببية الا الجزء الاخير من الوقت ...

مراد المصنف رحمه الله واما ان السببية تنتقل بعد الوقت الى كل الوقت ... القائت في اليوم الثاني في وقت الاحمرار ... عن التطويل ... الامام المقتدي صلاته على نفسه فانه يقضي ركعتين صلاة المسافر وقد وجب عليه اداء الصلاة اربعا واجب بالتزامه الاربع لمتابعة الامام ... كان عليه ان يصلي صلاة السفر فكذلك هنا وقوله والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء ... اقسام سفر طاعة كالحج والجهاد وسفر مباح كالتجارة وسفر معصية كقطع الطريق والاباق عن المولى وحج المرأة بلا محرم ولان سبب الرخصة بالاجماع ... كان كذلك لا يتعلق بها ما يوجب التغليظ لان اضافة الحكم الى وصف يقتضي علية ذلك الوصف ...

قال الله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر وقال صلى الله عليه وسلم فرض المسافر ركعتان وقال وللمسافر ثلاثة ايام ولياليها والكل كما ترى مطلق فزيادة قيد ان لا يكون عاصيا نسخ على ما عرف في الاصول ولان نفس السفر ليس بمعصية واما المعصية ما يكون بعده كما في السرقة ... كما في الاباق فيصلح من حيث ذاته متعلق الرخصة لامكان الانفكاك عما يجاوره كما اذا غصب خفا ولبسه جاز له ان يمسح عليه لان الموجب ستر قدمه ولا حظر فيه وانما هو في مجاوره وهو صفة كونه مغصوبا وموضعه اصول الفقه والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المآب

باب الجمعة

ناسب هذا الباب لما قبله ان كلا منهما ينتصف بواسطة الاول بواسطة السفر والثاني بواسطة الخطبة الا ان الاول شامل لكل ذوات الاربع والثاني مختص بالظهر والخاص بعد العام لان التخصيص بعد العموم والجمعة من الاجتماع كالفرقة من الافتراق ... وهي فريضة بالكتاب والسنة والاجماع الامة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع امر بالسعي الى ذكر الله وهو الخطبة التي هي شرط جواز الجمعة والامر للوجوب واذا كان السعي الى الواجب واجبا فالى ما هو المقصود وهو الجمعة اولى واكد ذلك بتحريم المباح ولا يكون ذلك الا لامر واجب مقتضى الحكمة واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم واعلموا ان الله كتب عليكم الجمعة في يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا فمن تركها تهاونا بها واستخفافا بحقها وله امام جائر او عادل الا فلا جمع الله شمله الا فلا صلاة له الا فلا زكاة له الا فلا صوم له الا ان يتوب فمن تاب تاب الله عليه واما الاجماع فلان الامة قد اجمعت على فرضيتها وانما اختلفوا في اصل الفرض في هذا الوقت على ما يجيء واما المعقول فلانا امرنا بترك الظهر لاقامة الجمعة والظهر فريضة لا محالة ولا يجوز ترك الفريضة الا لفرض هو اكد منه فلها شروط زائدة على شروط سائر الصلوات فمنها ما هو في المصلي كالحرية والذكورة والاقامة والصحة وسلامة الرجلين والبصر عند ابي حنيفة ومنها ما هو في غيره كالمصر الجامع والسلطان والجماعة والخطبة والوقت والاظهار حتى ان الوالي لو غلق باب المصر وجمع فيه بحشمه ولم يأذن للناس بالدخول لم يجز قال ولا تصح الجمعة الا في مصر جامع هذا بيان شروط ليست في نفس المصلي وهو ظاهر وعرف المصر الجامع بقوله كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود والمراد بالامير من يقدر على انصاف المظلوم من الظالم وانما قال ويقيم الحدود بعد قوله ينفذ الاحكام لان تنفيذ الاحكام لا يستلزم اقامة الحدود فان المرأة اذا كانت قاضية تنفذ الاحكام وليس لها ان تقيم الحدود وكذلك المحكم واكتفى بذكر الحدود عن القصاص لانهما يتقاربان في عامة الاحكام فذكر احدهما كان مغنيا عن ذكر الآخر وعنه اي عن ابي يوسف انهم اذا اجتمعوا اي اذا اجتمع من تجب عليهم الجمعة في اكبر مساجدهم لم يسعهم ... احسن ما قيل فيه ... وهذا الاحتياج غالبا عند اجتماع من عليه الجمعة والاول اختيار الكرخي وهو ظاهر الرواية وعليه اكثر الفقهاء والثاني اختيار ابي عبد الله البلخي وعن ابي يوسف رواية اخرى ... وهو كل موضع يسكن فيه عشرة آلاف نفر فكان عنه ثلاث روايات قوله والحكم غير مقصور على المصلى ... بل يجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلته في حوائج اهله ويعرف من هذا التعليل

تعريف الفناء وهو ما اعد لحوائج المصر وفيه الاولى فيما يكلي كذلك وقد شيخ الاسلام وشمس الائمة السرخسي
فناء المصر بالغلوة اعتبارا لما ذكره محمد في النوادر قال الناس في المصر يشترط لا فنائه بل كل وقوم تسكن
من الحال الاخرى لا يلحقه في عين حيثما ولا خلاف ثم فيها الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل قلنا
روي ان اول جمعة جمعت في الاسلام بعد المدينة ما جمعت بجواثا وهي قرية من قرى عامر بن عبد القيس بالبحرين
وكتب ابو هريرة الى عمر رضي الله عنهما يسأله عن الجمعة بالبحرين فكتب اليه ان جمع بها وحيثما كنت ولنا
ان قوله عليه السلام لا جمعة الا في مصر جامع مع ... في القرى والصحابة رضي الله عنهم حين فتحوا الامصار
والقرى ما اشتغلوا بنصب المنابر وبناء الجوامع الا في الامصار والمدن وذلك اتفاق منهم على ان المصر من شرائط
الجمعة والاية ليست بحجة لان المكان مضمر فيها بالاجماع حتى لا يجوز اقامة الجمعة في البوادي بالاجماع فنحن
نضمر المصر وهو بتفسير القرية وجواثا مصر بالبحرين وتسمية الراوي قرية لا ينفي ما ذكرنا لان اسم القرية يطلق على
البلدة **قوله** وتجوز يعني اقامة الجمعة بمنى اذا كان الامام امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا واما قيد
بكونه مسافرا لا حاجة اليه لانه انما ... الله لو كان مقيما كان بالجواز اولى واما النفي توهم ان الخليفة
او السلطان اذا طاف في ولايته كان عليه الجمعة في كل مصر يكون فيه يوم الجمعة لان امامته غيره ... يجوز
بامره فاقامتها اولى وان كان مسافرا **قوله** لانها تتمصر على قول العترة ... وتجويزه بكونه الثالث باعتبار الحاجة
لان ... قرية من القرى ... ليست بمصر ولا من فنائه لان بينها وبين مكة ... على الغلوة ولهذا لا يعيد فيها بالاتفاق
في الجمعة ... انها تتمصر في ايام الموسم لاجتماع شرائط المصر من السلطان والقاضي والابنية والاسواق وعدم
التعييد ... وعدم اقامة صلاة العيد للتخفيف لاشتغال الحاج باعمال المناسك من الرمي والذبح والحلق في ذلك اليوم
لا لعدم المصرية ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لان عرفات فضاء وبمنى ابنية **قوله** اما امير
الموسم فيلي امور الحج لا غير يعني الا انه ان استعمل على مكة يقيم الجمعة بمنى لان له الولاية حينئذ وقيل ان
كان من اهل مكة يقيمها وان استعمل على الموسم خاصة وان لم يكن من اهلها لا يقيم عندهما ايضا **قوله** ولا يجوز اقامتها
الا للسلطان اي الوالي الذي لا والي فوقه وكان ذلك للخليفة او لمن امره السلطان وهو الامير والقاضي والخطيب
وقال الشافعي ليس ذلك بشرط لما روي ان عثمان حين كان محصورا بالمدينة صلى علي الجمعة بالناس ولم يروا انه
صلى بامر عثمان وكان الامر بيده ولنا ان الجمعة تقام بجمع عظيم لكونها جامع الجماعات وقد تقع المنازعة في التقدم
بان يقول شخص انا اتقدم وفي التقديم بان تقدم طائفة شخصا واخرى اخر وقد تقع في غيره اي في غير التقدم
والتقديم مثل اختيار الجامع الاول اول الوقت واخره فلا بد منه اي من السلطان او ممن امره تتميما لامره وفي ...
علي ... يحتمل ان يكون بامر عثمان ... ولكن انما فعل لان الناس اجتمعوا عليه وعند ذلك يجوز لان الناس
احتاجوا الى اقامة الفرض فاعتبر اجماعهم **قال** ومن شرائطها الوقت اي ومن شرائط الجمعة الوقت وهو
وقت الظهر فتصح فيه ولا تصح بعده لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث مصعب بن عمير الى المدينة
قبل هجرته قال له اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج وهو فيها اي الامام في صلاة الجمعة استقبل
الظهر ولا يبنيه عليها للاختلاف فيما اي لاختلاف الظهر والجمعة ... العلماء ... مولاه بالجمعة بين ان
يصلي الظهر والجمعة مع تعين الوقت في الجمعة بالعلة ولو لم يكونا مختلفين لما ... كما في جناية المدبر حيث يجب
الاقل على مولاه من الارش والقيمة بلا اختيار لاتحادهما في المالية وبناء فرض على تحريمة فرض اخر لا يصح في اصح
الروايات **قوله** ومنها اي من شرائط الجمعة الخطبة وهي اسم للخطبتين وانما كانت شرطا لان النبي صلى
الله عليه وسلم ما صلاها بدون الخطبة في عمره وفيه بحث اما اولا فلان ... الخطبة ... يكون ركنا
ولا ... شرطا لانها اقيمت مقام ركعتي الظهر وذلك ركن ... ما قام مقامه فلا يتأدى بلا طهارة ولانها
لو شرط ... ولو كانت شرطا لكان يراعي قرانها ... كما في الشرط قيام الطهارة وستر العورة

واما ثانيا فلانها اذا كانت شرطا كانت فرضا وركنيات صلاة الجمعة لان شرط الشيء لازم له والحديث يدل على
دوام وجوده والدوام لا يستلزم الفرضية الا ترى انه صلى الله عليه وسلم لم يصل صلاة بدون سنتها كرفع
اليد عند التحريمة والتكبير عند كل خفض ورفع وغيرهما ولم يكن شيء من ذلك شرطا للصلاة والجواب عن
الاول انها ليست بركن لان ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وصلاة الجمعة لا تقوم بالخطبة وانما يقوم
باركانها فكانت شرطا لان الله تعالى امرنا بالسعي اليها بقوله تعالى فاسعوا فيكون واجبة وليست مقصودة
لذاتها لان النداء لم يقع لها بل لما هو المقصود وهو صلاة الجمعة حيث قال اذا نودي للصلاة من يوم
الجمعة ولو كانت المقصودة لكان النداء لها او لهما ان كانتا مقصودتين واذا لم يكن مقصودة
لذاتها وهي فرض كانت شرطا لغيرها **وقوله** ولو كانت شرطا لكان يراعي قرانها الخطبة حال الاداء قلنا
الشرط وجودها حال الاداء او الثاني بانه ... وقد يستلزم الضرورة اذا دل الدليل الخارجي على
ذلك وهو انا نعلم بيقين ان شطر الظهر ترك للخطبة والفرض لا يترك لغير الفرض فكانت فرضا فاما
ان يكون فرضا لذاتها او لغيرها لا سبيل الى الاول لما ذكرنا فتعين الثاني وكان لازما من لوازمه فكان
شرطا وهي اي الخطبة قبل الصلاة به وردت السنة وشرطيتها ايضا تقتضي ذلك ويخطب خطبتين يفصل
بينهما بقعدة مقدار ثلاث ايات في ظاهر الرواية وقال الطحاوي مقدار ما يمس موضع جلوسه من المنبر
... التوارث ولفظ التوارث انما يستعمل في امر خطير ذي شرف وقيل هو حكاية العدل لاهل
العقدة ليست بشرط عندنا بل هي للاستراحة وقال الشافعي انها شرط حتى لا يكتفي بالخطبة الواحدة وان
طالت للتوارث ولنا حديث جابر بن سمرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخطب قائما خطبة واحدة
فلما اسن جعلها خطبتين يجلس بينهما جلسة وفيه كما ترى دليل على جواز الاكتفاء بالخطبة الواحدة ويخطب
قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث روي ان ابن مسعود رضي الله عنه لما سئل عن هذا قال الست
تتلو قوله تعالى وتركوك قائما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب قائما حين انفض الناس عنه بخروج
العير المدينة والذي روي عن عثمان رضي الله عنه انه كان يخطب قاعدا انما فعل ذلك لمرض الكبر في اخر عمره
قوله ويستحب فيها الطهارة يعني عن الجنابة والحدث جميعا كالاذان وجه الشبه ان الخطبة ذكر لها
شبه بالصلاة حيث انها اقيمت مقام شطر الصلاة ويقام بعد دخول الوقت كما ان الاذان ايضا ذكر له شبه
بالصلاة من حيث انه دعاء ... بعد دخول الوقت فكل في عبارته نظر لانه يدل على ان الاذان شرط الصلاة
ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول المقصود وهو الذكر والوعظ وخالف ابو يوسف والشافعي فيما اذا خطب
على غير طهارة والشافعي فيما اذا خطب قاعدا ... لما في الاثر وهو ما
روي ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما قالا انما قصرت الجمعة لمكان الخطبة فكما يشترط الطهارة في الصلاة يشترط
فيها وللشافعي في الثاني ان الخطبة قائمة مقام ركعتين فيشترط فيها ما يشترط في الصلاة والجواب ذكر ان المحدث
والجنب لا يمنعان عن ذكر الله ما خلا القرآن في حق الجنب ... لا اثر لها في حكم الثواب كشطر الصلاة ...
الا انه يكره استثناء من قوله جاز **قوله** لمخالفة التوارث متعلق بقوله خطب قاعدا **قوله** والفصل بينهما
الصلاة يتعلق بقوله او على غير طهارة ولم يذكره لغيرها اذا كان على غير طهارة ... لا ...
كاعادة الاذان **وقوله** فان اقتصر على ذكر الله عز وجل جاز يعني اذا ذكر الله على قصد الخطبة فقال الحمد لله او سبحان
الله او لا اله الا الله جاز عند ابي حنيفة واما اذا قال الحمد لله للعطاس ... لا يجوز بالاتفاق وقالا لا بد من ذكر
طويل يسمى خطبة وهو مقدار ثلاث ايات عند الكرخي وقيل مقدار التشهد من قوله التحيات لله الى قوله عبده ورسوله
لان الخطبة هي الواجبة يعني بالاجماع والتسبيحة او التحميدة او التهليلة لا تسمى خطبة وقال الشافعي رحمه الله لا
يجوز حتى يخطب خطبتين يشتمل الاولى على التحميدة والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والوصية بتقوى الله تعالى

وقراءة آية وكذلك الثانية الا ان فيها بدل الوعظ الدعاء للمؤمنين والمؤمنات اعتبارا للتوارث فانه جرى هكذا
من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والمراد به
الخطبة باتفاق المفسرين وقد اطلق عليها الذكر من غير فصل بين قليل وكثير فالزيادة عليه نسخ بما روى
عن عثمان رضي الله عنه انه لما صعد المنبر اول جمعة ولي قال الحمد لله فارتج عليه على ما هو المنقول
اغلق فنزل وصلى وكان بمحضر من علماء الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد فدل على ان هذا المقدار
كاف **قال** ومن شرائطها الجماعة الجماعة شرط الجمعة بالاجماع والخلاف في العدد فعند ابي حنيفة اقلهم ثلاثة
سوى الامام وعندهما اثنان سواه قال المصنف والاصح ان هذا قول ابي يوسف وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع
لان فيه اجتماع واحد باخر والجمعة مبنية على معنى الاجتماع لما ذكرنا ان الجمعة مشتقة من الجماعة وفي
الجماعة اجتماع لا محالة ولهما اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الجمع الصحيح انما هو الثلث يعني سلمنا ان الجمعة
تنبئ عن الاجتماع لكن الخطاب ورد بالجمع وهو قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والجمع الصحيح هو الثلاث لكونه جمعا
تسمية ومعنى فان قيل فيما قال ابو يوسف كذلك لانه يعتبر مع الامام ثلاثة اجاب بقوله والجماعة شرط على حدة
وكذلك الامام فلا يعتبر الامام من الجماعة وذلك لان قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله يقتضي ثلاثة **وقوله**
الى ذكر الله يقتضي ذاكرا فذلك اربعة ويجب ان يكونوا كلهم ممن يصلح اماما حتى اذا كان احدهم صبيا او نحو المجنون
بخلاف العبيد والمسافر فان الجماعة بهم تصح وكما في الاية ما دون الثلاث نفيا لاشتراط الاربعة لعلهم
دلالته عليه بيقين **وقوله** فان نفر الناس اعلم ان الناس ان نفروا قبل شروعهم في صلاة الجمعة مع الامام لا يصلي
الجمعة بلا خلاف وفيصلي الظهر وان نفروا بعده فان كان قبل تقييد الركعة بالسجدة استقبل الظهر عند ابي حنيفة
رحمه الله ويبني على الجمعة عندهما وان كان بعده بنى عليها عندهم خلافا لزفر فانه يقول انها شرط الاداء
التحريمة مقارنا بتحريمة الامام ليس بشرط بالاتفاق ولو كانت شرطا للانعقاد لا يشترط ذلك فكان كالوقت وهو
شرط لصحة الجمعة فلكان دوامها في وجودها شرطا بعد السجود ولهما انها شرط الانعقاد لانه لا ينفك عنها كما في
المسبوق واللاحق وما هو كذلك لا يشترط دوامها كالخطبة فلا تعدوا الى تقييد الركعة بالسجدة عن تحريمه الا بالاتفاق
وابو حنيفة يقول نعم شرط الانعقاد كما ذكرتم والانعقاد انما هو بالشروع في الصلاة والصلاة لا تتم الا بتمام
الركعة لان ما دونها ليس بصلاة لكونه في محل الرفض كما تقدم فلا بد من دوامها اليها اي الى دوام الجماعة
الى الركعة بحذف المضاف اي الى تمام الركعة **قوله** بخلاف الخطبة جواب عن قياسهما الجماعة بها ووجه الخطبة
تنافي الصلاة فان الامام هو الذي يخطب لا يمكنه ان يخطب في الصلاة بالجماعة فلا يشترط دوامها **وقوله** ولا
معتبر ببقاء النسوان ظاهر **قوله** ولا تجب الجمعة على مسافر وامرأة **قوله** لانهم يتحرجون يعني الحرج يعني ان سقوط فرض
السعي عنهم ليس لمعنى في الصلاة بل للحرج والضرر فاذا تحملوا الحرج في الاداء بنفوسهم وصاروا كالمسافر اذا صام **وقوله**
ويجوز للمسافر واضح **وقوله** فاشبه الصبي يعني في ان الجمعة ليست بفرض عليهم ولزوم الصبي فيها الحجر فكذا من
المرأة وقلنا ان هذه اي سقوط الجمعة عنهم وانت لا اشارة الى الحجر دفع رخصة لان الخطاب عام فيتناولهم لانهم
اتيم عددنا دفعا الحرج عنهم فاذا حضروا يقع فرضا على ما بينا يعني قوله لانهم تحملوه واذا تحملوه يقع فرضا لانه
لو لم يقع فرضا لكان ما فرضنا لدفع الحرج حرجا وذلك خلف باطل اما الصبي فمسلوب الاهلية فلم يتناوله الخطاب
والمرأة لا تصلح للامامة في الرجال **وقوله** وتنعقد بهم في العدد الذي تنعقد به وذلك لانهم اهل صالحون للامامة فلان
يصلحوا للاقتداء اولى **وقوله** ومن صلى الظهر في منزله ظاهر **وقوله** لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة لانه
مأمور بالسعي اليها منهي عن الاشتغال بالظهر ما لم يتحقق فوت الجمعة وهذا صورة الاصل والبدل لا يصار الى البدل
مع القدرة على الاصل فهي ثابتة لان قوامها انما يكون بفراغ الامام من الصلاة وهو من الشبهة فيكون كما بينا
اصل الفرض هو الظهر في حق الناس كافة لان التكليف بحسب القدرة والمكلف بالصلاة في هذا الوقت يتمكن بنفسه من

اداء الظهر دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا يتم به وحده فكان التكليف بالجمعة تكليفا بما ليس في الوسع
الا انه امر باسقاط الظهر باداء الجمعة عند استجماع شرائطها فكان العدول عنها مع العذر مقدورا **وقوله**
هذا هو الظاهر تلويح منه الى غير ذلك فانه نقل عن محمد ان فرض الوقت الجمعة ولكن اسقاطها بالظهر وذكر
عنه انه قال لا ادري ما اصل فرض الوقت في هذا اليوم ولكنه يسقط الفرض عنه باداء الظهر او الجمعة يريد
براءة اصل الفرض احدهما لا بعينه ويتعين بفعله ولكن ظاهر الرواية عن العلماء الثلاثة ما ذكره في الكتاب
وقوله فان بدا له اي بدا لمن صلى الظهر في منزله بغير صلاة الامام معذورا كان او غير ان يحضرها وتوجه
والامام فيها فاما ان يدركه الجمعة مع الامام او لا فان ادركها الصلاة انتقض ظهره وانقلب نفلا وهذا لم
يذكره في الكتاب وان لم يدركه بطل ظهره عند ابي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع القوم ايضا لم يذكر
القسم الاول لانه يفهم من اثبات هذا القسم لانه يشير الى ان الاتمام مع الامام ليس بشرط لنقض الظهر عنده
بل الدخول كاف واذا كان بالدخول ينتقض فباداء الامام اولى لان السعي دون الظهر اذ هو ليس بمقصود بنفسه
بل هو وسيلة الى اداء الجمعة والظهر فرض مقصود وما هو دون الشيء لا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقه
لانه امرنا باسقاطه بها فجاز ان ينقضه وانما انتقض الظهر في الكتاب بها وقبل الصلاة واذا لم يكن التوجه
ناقضا لضعفه كان كما كان اذا توجه بعد فراغ الامام ولابي حنيفة رحمه الله ان السعي وهو المشي الى الجمعة
الى الجمعة من خصائص الجمعة لكونه صلاة مخصوصة بمكان لا يمكن الاقامة الا بالسعي اليه وكان السعي مخصوصا بالجمعة
سائر الصلوات لان اداءها صحيح في كل مكان فاذا كان من خصائصها كان الاشتغال به كالاشتغال بها من اركان الجامع
الاختصاص فيرتفع ارتفاض الظهر احتياطا اذ الاولى الاحتياط لا ثباته ما لاحتياط الاثبات الاضعف والعرض
بان السعي الموصل الى الجمعة مأمور به وهذا السعي ليس بموصل سلمناه ولكنه ضعيف لكونه وسيلة فلا يرفض
القوي سلمناه ولكن الظهر انما يبطل في ضمن اداء الجمعة لانه بعض العبادة فصار كالحرام فاذا لم يؤد لم يرتفع سلمناه
لكنه ينتقض بمسئلة القارن اذا وقف بعرفات قبل ان يطوف لعمرته فانه يصير رافضا لها ولو سعى الى عرفات
لا يصير به رافضا لعمرته واجيب عن الاول بان الحكم دائر مع الامكان لكون الامام في الجمعة والاداء ممكن باعتقاد
الله تعالى وعن الثاني بانه لما كان لفعله احتياطا قويا وهو الجواب عن الثالث بانه صار للابطال في ضمنه كالابطال
في ضمنه وعن الرابع بانه لا نقض على وجه القياس لانهما اي العمرة والظهر سواء في الارتفاض منهيا عنهما في الاحتساب
فانه انما لا يرتفض العمرة لكون السعي فيها متباعدا عنه قبل طواف العمرة فضعف في نفسه والسعي الى الجمعة مأمور
به فكان في نفسه قويا ولا يلزم من ابطال القوي ابطال الضعيف **وقوله** بخلاف ما بعد الفراغ منها جواب عن
قياسهما وهو واضح **وقوله** ويكره ان يصلي المعذور الظهر بجماعة الى اخره ظاهر **قال** ومن ادرك الامام
يوم الجمعة اذا ادرك الامام في صلاة الجمعة راكعا في الركعة الثانية فهو مدرك لها بالاتفاق وان ادركه
بعدما رفع رأسه من الركوع فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويبني عليها الجمعة لقوله صلى الله
عليه وسلم ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا اذ لا شك ان مراده ما فاتكم من صلاة الامام بدليل قوله ما ادركتم
فصلوا فان معناه من صلاة الامام والذي فاته من صلاة الامام هو الجمعة فيصلي ما فاته من الجمعة وكذا
اذا ادركه في التشهد او في سجود السهو عندهما وقال محمد ان ادرك مع الامام اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة
وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه وظهر لا بنائه على الاربعة الجمعة ظهر من وجه فيصلي اربعا
الشرائط وهو الجماعة فبالنظر الى كونه ظهرا يصلي اربعا ويقعد على راس الركعتين بالنظر الى كونه جمعة ويقرأ في
الاخريين لاحتمال النفلية فكان في ذلك اعمال الدليلين فهو اولى من اهمال احدهما ولهما انه مدرك للجمعة في هذه
الحالة لانه لا بد له من نية الجمعة حتى لو نوى غيرها لم يصح اقتداؤه وهو مدرك للجمعة لا يبني الا على الجمعة ولا يحصل الجمع
ذكره من اعمال الوجهين لانهما صلاتان مختلفتان فكيف يصح بناء احدهما على تحريمة الاخرى وعن هذا ذكر

تجوز الجمعة مع عدم شرطها وذلك فاسد لان الشيء ينتفي عند انتفاء شرطه واجيب بان وجوده في حق الامام جعل
وجوداً في حق المسبوق كما في العيد [illegible] فاما الجمع بين صلاتين مختلفتين بتحريمة واحدة فيما اذا ادرك الاولى
منه [illegible] قيل [illegible] استدل [illegible] باول الحديث وهو اقوى فما وجه قوله بعد ذلك وكلما
الى آخره قلت [illegible] ذلك [illegible] على [illegible] الاولى استدلالا لعلي ما اذا
كان المدرك اكثر وذلك متفق عليه فلنسلم لاستدلال [illegible] جميعا وكون الحديث يدل على المطلوب الثاني
لعله ايضا [illegible] فان قيل قد روي عن الزهري باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
من ادرك ركعة من الجمعة فقد ادركها وليصل اليها ركعة اخرى وان ادركهم جلوسا صلى اربعا وهذا كما ترى
نص على قول محمد فما وجه الاستدلال به لمحمد قلت ضعيف فانه مما رواه الا الضعفاء من اصحاب الزهري واما الثقات
منهم كمعمر والاوزاعي ومالك فقد رووا عنه من ادرك ركعة من صلاة فقد ادركها واما اذا ادرك ما دون
ذلك فمسكوت عنه لا دليل عليه وما روي من قوله صلى الله عليه وسلم وما ادركتم فصلوا الحديث يدل على [illegible]
فالاخذ به وعلى تقدير ثبوت [illegible] وله اذا ادركهم جلوسا قد سلموا **قوله** واذا خرج الامام يوم الجمعة يعني لاجل الخطبة
ترك الناس الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته يريد به ما سوى التسبيح ونحوه على الاصح وقال بعضهم كل كلام وهذا
عند ابي حنيفة وقالا لا بأس بالكلام قبل الخطبة وبعدها قبل التكبير لان حرمة الكلام انما هي باعتبار الاخلال
بفرض الاستماع لكونه في نفسه مباحا ولا استماع فلا اخلال في هذين الوقتين بخلاف الصلاة فانها قد تمتد
فتفضي الى الاخلال ولابي حنيفة حديث ابن عمر وابن عباس [illegible] عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا
خرج الامام فلا صلاة ولا كلام [illegible] لم يكن له معارض [illegible]
ويحكى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا نزل من المنبر سأل الناس عن حوائجهم وعن اسعار السوق ثم
صلى اجيب بان ذلك كان في الابتداء حين كان الكلام مباحا في الصلاة فكان ذلك [illegible] بلفظ الجمع اخرجا
للكلام مخرج العادة **قوله** وفاته التواري في اذان الجمعة اجتماع المؤذنين ليبلغ اصواتهم الى اطراف المصر الجامع والاذان
الاول هو الذي حدث في زمن عثمان على الزوراء وكان الحسن بن زياد يقول المعتبر هو الاذان على المنارة لانه
لو انتظر الاذان عند المنبر يفوته اداء السنة وسماع الخطبة وربما تفوته الجمعة اذا كان بيته بعيدا من الجامع
وكان الطحاوي يقول المعتبر هو الاذان عند المنبر بعد خروج الامام فانه هو الاصل الذي كان للجمعة على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم وكذلك في عهد ابي بكر وعمر وهو مختار شيخ الاسلام قال الاصح ان المعتبر في وجوب السعي
وكراهة البيع هو الاذان الاول لانه كان بعد الزوال حصول الاعلام به مع ما ذكرنا في قول الحسن ايضا وهو مختار شمس
الائمة السرخسي رحمه الله

باب العيدين

اي باب صلاة العيدين لان الكلام في كتاب الصلاة [illegible] المضاف [illegible] يوم العيد بالعيد لان لله
تعالى فيه عوائد الاحسان الى العباد ومناسبتها لصلاة الجمعة في ان كلا منهما صلاة نهارية تؤدى بجمع عظيم
يجهر بالقراءة فيهما ويشترط لاحديهما ما يشترط للاخرى سوى الخطبة ويشتركان ايضا في حق التكليف فانها تجب
على من تجب عليه الجمعة وقدم الجمعة لقوتها لكونها فريضة او كثرة وقوعها **قال** وتجب صلاة العيد على من تجب عليه
الجمعة لا تجب صلاة العيد على المسافر والعبد والمريض كالجمعة للمعنى الذي ذكرناه في باب الجمعة فان قيل حال
العبد هاهنا ليس كهو في الجمعة لانه اذا اذن له المولى لان للجمعة خلفا وهو الظهر بخلاف الجمعة وها هنا لا خلف
فكان ينبغي الوجوب اذا اسقط المولى حقه بالاذن اجيب بان المنافع لا تصير مملوكة له بالاذن فلا تجب [illegible]

عن المولى فبقي الحال بعد الاذن كما كان قبله كما في الحج فانه لا يقع عن حجة الاسلام وان حج باذن مولاه وما ذكر لفظ
الجامع الصغير مخالفة لرواية القدوري فانه ذكر في القدوري بلفظ الواجب وفي لفظ الجامع بلفظ
السنة والمراد من اجتماع العيدين كون يوم الفطر والاضحى يوم الجمعة وعلت لفظ العيد بجنسه كما في
الفرقان ولا نترك واحدا منهما اما الجمعة فلانها فريضة واما العيد فلان تركها بدعة وضلال **قوله** وجه
الاول مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليها في بعض النسخ وقع بلفظ من غير ترك وهو لا يحتاج الى عناية وفي
نسخ ليس كذلك ويحتاج الى ان يقال [illegible] ذلك وانه ما تركه اعتمادا على ما ذكره في آخر باب ادراك الفريضة
ان السنة دون المواظبة والمواظبة انما تكون دليل الوجوب اذا كانت من غير ترك **قوله** وجه الثاني ظاهر **قوله**
ولا يكبر عند ابي حنيفة في المصلى يعني جهرا في الطريق الذي يخرج منه الى عيد الفطر وهذه رواية المعلى عنه
وروى الطحاوي عن اصحابنا ابن عمران البغدادي عنه انه يكبر في طريق المصلى في عيد الفطر جهرا وبه اخذ ابو
يوسف ومحمد اعتبارا بالاضحى وجه الاول ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير قال
الله تعالى واذكروا الله في ايام معدودات جاء في التفسير ان المراد به التكبير في هذه الايام وليس كذلك يوم الفطر
لانه لم يرد به الشرع وليس في معناه ايضا لان عيد الاضحى اختص بركن من اركان الحج والتكبير شرع علما على وقت
افعال الحج وليس في شوال ذلك فان قيل لا نسلم ان الشرع لم يرد به فان الله تعالى قال ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على
ما هداكم امر بالتكبير بعد اكمال العدة وهي ايام شهر رمضان وروى نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخرج
يوم الفطر ويوم الاضحى رافعا صوته بالتكبير وهذا نص في الباب اجيب بان المراد بما في الآية التكبير في صلاة العيد
والمعنى صلوا صلاة العيد وكبروا الله فيها وهذا الحديث على الوليد بن محمد عن الزهري والوليد متروك الحديث ذكر
قال ولا يتنفل في المصلى قبل العيد التنفل في المصلى قبل صلاة العيد في المصلى وغيره مكروه لما في الكتاب وقد ورد
النهي والانكار في ذلك عن الصحابة كما روي عن ابن مسعود وحذيفة انهما كانا ينهيان الناس عن الصلاة قبل
الامام يوم الفطر وروي ان عليا خرج الى المصلى فرأى قوما يصلون فقال ما هذه الصلاة التي لم نكن نعرفها على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له الا تنهاهم فقال اخاف ان اكون الذي ينهى عبدا اذا صلى **قوله** خاصة معناه
نصب على الحال من الضمير الذي في المستتر في الظرف **قوله** واذا حلت الصلاة عن الحال لعن جوازها لا انها كانت
حراما قبل ارتفاع الشمس كما مر في الحديث **قوله** لانه صلى الله عليه وسلم كان يصلي العيد والشمس على قيد رمح
او رمحين دليل دخول الوقت **قوله** فلما شهدوا بالهلال دليل خروج الوقت وذلك لانه صلى الله
عليه وسلم امر بالخروج الى المصلى من الغد لاجل الصلاة وكان ذلك تأخيرا بلا عذر [illegible] ولم يخرج الوقت بالزوال
نقل ذلك لان الصلاة في وقتها اولى وفعله صلى الله عليه وسلم لا يحمل الا على الاولى مهما امكن **قوله** ويصلي الامام
بالناس ركعتين ظاهر وحاصله ان الزوائد عندنا ثلاث والموالاة في القراءة خلافا قاله **قوله** وظهر عمل العامة
اي عمل الناس كافة بقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء فان الولاية لما انتقلت اليهم امروا الناس العمل في التكبيرات
بقول جدهم وكتبوا في مناشيرهم ذلك وعن هذا صلى ابو يوسف بالناس حين قدم بغداد صلاة العيد وكبر
تكبير ابن عباس فانه صلى خلفه هارون الرشيد وامره بذلك وكذا روي عن محمد انهما فعلا ذلك لان [illegible]
هو القول الاول هو قول ابن مسعود وهو مذهب عمر وابي موسى الاشعري وحذيفة وابن الزبير وابي هريرة
واختار ابن مسعود الانصاري وكان اولى بالاخذ وقال ابو بكر الرازي حديث الطحاوي مسندا الى النبي صلى الله عليه
وسلم انه صلى يوم العيد وكبر اربعا اربعا ثم اقبل بوجهه حين انصرف فقال لا تنسوا كتكبير الجنائز واشار باصابعه وقبض
ابهامه ففيه قول وفعل واشارة الى التاكيد وما تعددا فيه كان الاخذ به اولى واراد بقوله انتفاء اربع تكبيرات ثم
متوالية ولان التكبير ورفع الايدي من حيث لم يمنع خلاف المعهود في الصلوات فكان الاخذ بالقليل ادخل التكبير
من اعلام الدين حتى يجهر بها فكان تكثيرها [illegible] فكان المصلي فيه بالجمع لان الجنسية علة الضم في الركعة الاولى

العرفي وهو الرخ وانشاد الضالة والذهب بعرفات والتشبيه باهل عرفة وهو المراد هاهنا وقوله ليس بشيء اي ليس بشيء يتعلق به الثواب لما ذكر في الكتاب ومما نقل عن ابن عباس انه فعل ذلك بالبصرة محمول على انه كان للدعاء لا تشبيها باهل عرفة

فصل في تكبيرات التشريق

لما كان ذكرا خاصا بايام التشريق ذكره في فصل على حدة ثم قيل تكبير التشريق

ترجمه

...

لما عاداه المتعدي به استاذه ... وهو التكبير ... حتى ... ينبغي ان يكون المعاملة بين كل استاذ وتلميذ يعني ان التلميذ يعظم استاذه ... عليه والله اعلم

باب صلاة الكسوف

قرن صلاة الكسوف بصلاة العيد لانهما تؤديان بالجماعة في النهار بغير اذان واقامة واخرها عن العيد لان

واصل الكسوف ... الحال ... والخسوف ...

صلاة العيد واجبة في الاصح على ما مر يقال كسفت الشمس تكسف كسوفا وكسفها الله كسفا يتعدى ولا يتعدى قال جرير
يرثيه عمر بن عبد العزيز رحمه الله الشمس طالعة ليست بكاسفة تبكي عليك نجوم الليل والقمرا قيل معناه ليست
تكسف ضوء النجوم مع طلوعها ولكن لقلة ضوئها وبكائها عليك لم يظهر لها نور وقيل معناه تغلب النجوم في البكاء يقال
باكيته فبكيته اي غلبته في البكاء وهي مشروعة اجتمعت الامة على ذلك وسبب شرعيتها الكسوف ولهذا اضيفت
اليه وشروطها شروط سائر الصلوات وهي سنة لان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاها وكيفية ادائها ان
يصلي امام الجمعة في الجامع او في المصلى في الاوقات المستحبة بالناس ركعتين كهيئة النافلة بلا اذان ولا اقامة
بركوع واحد وقال الشافعي رحمه الله اذا انكسفت وقت مكروه او غيره نودي الصلاة جامعة وصلى الامام بالناس
ركعتين يقرأ في الاولى بفاتحة الكتاب وسورة البقرة ان حفظها والا فما يعدلها من غيرها ثم يركع ويمكث في ركوعه
مثل ما مكث في قيامه هذا ثم يرفع رأسه ثم يسجد سجدتين ثم يقوم فيمكث في قيامه ويقرأ فيه مقدار ما قرأ في
القيام الثاني من الركعة الاولى ثم يركع ويمكث في ركوعه مثل ثلثه في هذا القيام ثم يقوم ويمكث في قيامه مثل ما
مكث في الركوع ثم يركع ثانيا ويمكث فيه مثل ما مكث في قيامه ثم يرفع رأسه ويقوم مثل قيامه الاول من هذه
الركعة ثم يسجد سجدتين ويتم الصلاة واحتج على ذلك بحديث عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم صلى صلاة الكسوف ركعتين باربع ركوعات واربع سجدات ولنا حديث عبد الله بن عمرو والنعمان بن بشير وابي بكرة وسمرة
بن جندب رضي الله عنهم بالفاظ مختلفة ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في كسوف الشمس ركعتين كاطول صلاة كان
يصليها فانجلت الشمس مع فراغهما واذا تعارضت الروايات كان الترجيح لرواية ابن عمر لان الحال اكشف على
الرجال لقربهم وما روته محمول على ما ذكره محمد في صلاة الاثر انه يحتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم اطال الركوع زيادة
على قدر ركوع سائر الصلوات فرفع اهل الصف الاول رؤوسهم ظنا منهم انه صلى الله عليه وسلم رفع رأسه من الركوع
فمن خلفهم رفعوا رؤوسهم فلما رأى اهل الصف الاول رسول الله صلى الله عليه وسلم راكعا ركعوا فمن خلفهم ركعوا فلما رفع
رسول الله صلى الله عليه وسلم رأسه من الركوع رفع القوم رؤوسهم ومن كان وراء الصف الاول ظنوا انه ركع ركوعين
فرووا على حسب ما وقع عندهم ومثل هذا الاشتباه قد يقع لمن كان في آخر الصفوف وعائشة رضي الله عنها كانت
واقفة في صف النساء فان قيل قد روى حديثها من الرجال ابن عباس وقد كان في صفهم اجيب بانه كان في صف الصبيان
في ذلك الوقت **وقوله** ويطول القراءة فيهما اي في الركعتين **وقوله** بيان الافضل لان فيه متابعة النبي صلى الله عليه
وسلم فانه صح ان قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الركعة الاولى بقدر سورة البقرة وفي الثانية بقدر سورة آل
عمران **وقوله** كلاهما رواية عائشة فانها روت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ قراءة طويلة جهر بها يعني في صلاة
الكسوف ولم يروها ابن عباس وسمرة بن جندب رضي الله عنهم انه لم يسمع من قراءته حرفا فالترجيح تقدم من قبل يعني
قوله ولحال اكشف على الرجال لقربهم فان قيل ذكر في المبسوط ان عليا رضي الله عنه روى حديثهما فانى يصح ذلك فالجواب
اجيب بانه تعارض بالرجوع الى الاصل فان صلاة نهارية والاصل فيها الاخفاء قال النبي صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء وقد
تقدم ذلك **وقوله** ويدعو بعدها اي بعد صلاة الكسوف ان شاء جالسا مستقبل القبلة وان شاء يستقبل القوم
بوجهه والقوم يؤمنون **وقوله** ومن حقه الافزاع الفزع للخوف وكلامه واضح **وقوله** فان لم يحضر يعني الامام صلى
الناس فرادى ان شاؤوا ركعتين وان شاؤوا اربعا لان هذا تطوع والاصل في التطوعات ذلك **وقوله** تحرزا عن
الفتنة اي فتنة التقدم والتقديم والمنازعة فيهما **وقوله** وليس في كسوف القمر جماعة اهل الادب يستعملون في هذا
اللفظ قالوا انما يستعمل في هذا القمر الخسوف قال الله تعالى فاذا برق البصر وخسف القمر وقال في المغرب يقال كسفت
الشمس والقمر جميعا **وقوله** فافزعوا الى الصلاة الحديث روى ابو مسعود الانصاري رضي الله عنه قال انكسفت الشمس يوم
مات ابراهيم ولد النبي صلى الله عليه وسلم فقال الناس انما انكسفت الشمس لموته فقال صلى الله عليه وسلم ان الشمس والقمر
آيتان من آيات الله تعالى لا ينكسفان لموت احد ولا لحياته فاذا رأيتم شيئا من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلاة اي التجئوا اليها

لا ينكسفان

قال قيل امر والامر للوجوب فكان ينبغي ان يكون صلاة الكسوف واجبة قلنا قد ذهب الى ذلك بعض اصحابنا واختاره
صاحب الاسرار والعامة ذهبت الى كونها سنة لانها ليست من شعائر الاسلام فانها توجد بعارض لكن صلاها
النبي صلى الله عليه وسلم وكانت سنة والامر للندب **وقوله** وليس في الكسوف اي في كسوف الشمس والقمر خطبة
وقال الشافعي في كسوف الشمس يخطب بعد الصلاة خطبتين كما في العيدين لما روت عائشة رضي الله عنها قالت
خسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ثم خطب فحمد الله واثنى عليه ولنا انه لم ينقل وذلك
دليل على انه لم يفعل وان صح فتأويله انه صلى الله عليه وسلم خطب لان الناس كانوا يقولون انما كسفت لموت ابراهيم

باب صلاة الاستسقاء

اخر صلاة الاستسقاء عن صلاة الكسوف لان صلاة الكسوف سنة وقال ابو حنيفة رحمه الله ليس في الاستسقاء
صلاة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا
ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا الآية وروي ان قوم نوح عليه السلام لما كذبوه بعد طول تكرير الدعوة
حبس الله عنهم المطر واعقم ارحام نسائهم اربعين سنة وقيل سبعين سنة فوعدهم انهم ان آمنوا رزقهم
الله الخصب ودفع عنهم ما كانوا عليه ووجه الاستدلال به ان شرائع من قبلنا شرائع لنا اذا قص الله ورسوله من
غير انكار وهذا كذلك ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم يرو عنه الصلاة واما المروي عنه صلى
الله عليه وسلم في ذلك الدعاء روى انس رضي الله عنه ان الناس قحطوا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم
فدخل رجل من باب المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب فقال يا رسول الله هلكت المواشي وخشينا
الهلاك على انفسنا فادع الله ان يسقينا فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه فقال اللهم اسقنا غيثا مغيثا
هنيئا مريئا غدقا مجللا عاجلا غير رائث قال الراوي ما كان في السماء قزعة فارتفعت السحاب من هنا ومن هنا
حتى صارت ركاما ثم مطرت سبعا من الجمعة الى الجمعة ثم دخل ذلك الرجل والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب
فقال يا رسول الله تهدمت البنيان وانقطعت السبل فادع الله ان يمسكه فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم
لملالة بني آدم قال الراوي والله ما نرى في السماء خضراء ثم رفع يديه فقال اللهم حوالينا ولا علينا اللهم على الآكام
والظراب وبطون الاودية ومنابت الشجر فانجابت السحابة عن المدينة حتى صارت حولها كالاكليل على بدنه
عن الدعاء وقالا يصلي الامام ركعتين لما روي انه صلى الله عليه وسلم صلى فيها ركعتين كصلاة العيد في
الجهر بالقراءة والصلاة بلا اذان ولا اقامة رواه ابن عباس قلنا ان ثبت ذلك دل على الجواز ونحن لا نمنعه وانما
الكلام في انها سنة اولا والسنة ما واظب النبي صلى الله عليه وسلم عليه وههنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن
فعله سنة حتى يكون مواظبة ولا يكون سنة فان قيل كلام المصنف حينئذ متناقض لانه قال اولا وانما
يروى عنه الصلاة ثم قال لما روي عنه والجواب ان المروي لما كان شاذا فيما يعم به البلوى جعله كأنه
غير مروي **وقوله** وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده يعني ان ابا يوسف مع ابي حنيفة وهكذا ذكر في المبسوط
وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد كما ذكره في الكتاب **وقوله** ويجهر فيهما بالقراءة اتفاقا على الجهر بالقراءة اعتبارا
بصلاة العيد واختلفا في الخطبة فقال محمد هي كخطبة العيد وقال ابو يوسف خطبة واحدة وبكل ذلك ورد
الحديث ولا خطبة عند ابي حنيفة لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده قال ابن عباس رضي الله عنهما خرج رسول الله صلى
الله عليه وسلم متبذلا متواضعا متضرعا حتى اتى المصلى فرقى على المنبر ولم يخطب خطبتكم هذه ولكن لم يزل في الدعاء والتضرع
والتكبير ويستقبل القبلة لما روي انه صلى الله عليه وسلم فعل كذلك وروي عن ابي يوسف رحمه الله قال لا ان شاء رفع يديه

في الدعاء وإن شاء أشار بأصبعه ويقلب رداءه وصفة التقليب إن كان الرداء مربعا أن يجعل أعلاه أسفله وأسفله أعلاه وإن كان مدورا بأن كان جبة أن يجعل الأيمن أيسر والأيسر أيمن **وقوله** لما روينا يريد به قوله لما روي أنه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه قال المصنف رحمه الله هذا قول محمد وأما عند أبي حنيفة فلا يقلب ولم يذكر قول أبي يوسف لأنه مضطرب ذكره الحاكم مع أبي حنيفة والكرخي مع محمد **وقوله** لأنه دعاء أي الاستسقاء ولشئ من الأدعية قلب رداء فكذا هنا **وقوله** وما رواه كان تفاؤلا جواب عن استدلالهم بالحديث ومعناه أن النبي صلى الله عليه وسلم تفاءل بتغيير الهيئة لتغير الحال يعني غيرنا ما كنا عليه فغير اللهم الحال وفي كلامه نظر من وجهين أحدهما أنه تعليل في مقابلة النص وهو باطل والثاني في جيبه عليه السلام تعالى لذلك فليقل كل من تبتلي بذلك تأسيا صلى الله عليه وسلم والجواب عن الأول أنه ليس تعليلا في مقابلة النص بل هو من باب العمل بالقياس بعد تعارض النصين وذلك لأن ما رواه محمد يدل على القلب وما رواه أنس رضي الله عنه يدل على أنه لا تحويل فيه فتعارضا فصير إلى ما بعدهما من الحجة وهو القياس والمصنف لم يتعرض لذكره لشهرته ذكره وعن الثاني بأن النبي صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون علم بالوحي أن الحال يتغير في الخصب متى قلب الرداء وهذا لا يتأتى من غيره فلا فائدة في التأسي ظاهرا فيما يشبه القياس **وقوله** ولا يقلب القوم أرديتهم قيل هو بالتشديد لأنه فيه تكرار القلب والأول أوجه **وقوله** لأنه لم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم أمرهم بذلك وفيه نظر لأنه استدلال بالنفي وهو باطل لأنه احتجاج بلا دليل ومثل هذا وقع في أخر باب الكسوف حيث قال لأنه لم ينقل فكذلك أن التعليل بالنفي لا يصح إلا إذا تكرر العلة متعينة إنما إذا كانت فلا بأس به لأن انتفاء العلة الشخصية يستلزم انتفاء الحكم ألا ترى أن قول محمد في ولد المغصوب أنه لا يضمن لأنه لم يغصب لم يرد عليه وموضعه أصول الفقه فإن قيل تذكر أن القوم قلبوا أرديتهم حين رأوا قلب النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليهم أجيب بأن قلبهم هذا كخلعهم النعال حين رأوه عليه السلام خلع نعليه في صلاة الجنازة ولم يكن ذلك حجة فكذا هذا وإنما لم ينكر عليهم لأنه لا يشتغل بالخلاف وإنما الكلام في كونه سنة **وقوله** ولا يحضر أهل الذمة الاستسقاء ظاهر وقيل يخرج المسلمون ثلاثة أيام فلم ينقل أكثر من ذلك قيل يستحب للإمام أن يأمر الناس بصيام ثلاثة أيام وما أطاقوا من الصدقة والخروج من المظالم ~~وخروج~~ والتوبة من المعاصي ثم يخرج بهم اليوم الرابع وبالعجائز والصبيان متنظفين في ثياب بذلة متواضعين لله تعالى ويستحب إخراج الدواب والله أعلم

باب صلاة الخوف

وجه المناسبة بين البابين أن شرعية كل واحد منهما بعارض خوف وقدم الاستسقاء لأن العارض هناك انقطاع المطر وهو سماوي وههنا اختياري وهو الجهاد الذي سببه كفر الكافر وصورة صلاة الخوف ما ذكر في الكتاب **وقوله** إذا اشتد الخوف ليس بشرط عند عامة مشايخنا قال في التحفة سبب صلاة الخوف نفس قرب العدو ومن غير ذكر الخوف وشدته وقال فخر الإسلام في مبسوطه المراد بالخوف عند الخوف حضرة العدو لا حقيقة الخوف على ما عرف من أصلنا في تعليق الرخصة بنفس السفر لا حقيقة المشقة لأن السفر سبب المشقة فأقيم مقامها فكذا حضرة العدو ههنا سبب الخوف وأقيم مقام حقيقة الخوف قيل صلاة الخوف على الوجه المذكور في الكتاب إنما تحتاج إليها إذا تنازع القوم في الصلاة خلف الإمام فقالت كل طائفة منهم نحن نصلي معك وأما إذا لم يتنازعوا فالأفضل أن يصلي الإمام بطائفة تمام الصلاة ثم يسلم إلى وجه العدو ويأمر رجلا من الطائفة التي كانت بإزاء العدو أن يصلي بهم تمام صلاتهم أيضا وتقوم التي صلت مع الإمام بإزاء العدو **وقوله** وأبو يوسف وإن أنكر شرعيتها أي كونها مشروعا في زماننا كان يقول إنما قال الله تعالى وإذا كنت فيهم وقال كانت مشروعة في حياة النبي صلى الله عليه وسلم بخاصة لقوله تعالى وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة الآية لينال كل طائفة فضيلة الصلاة خلفه صلى الله عليه وسلم وقد ارتفع ذلك بعده فكل طائفة يتمكن من أداء الصلاة بإمام على حدة فلا تجوز أداؤها بصفة الذهاب والمجيء **وقوله** حجة عليه يريد به قوله لأن الأصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف على الصفة التي قلنا قال بعض الشارحين هذه غاية الجهد عن التحقيق لأنا ما نسلم أن يكون بعضها في زمنه صلى الله عليه وسلم فكيف تكون صلاته صلى الله عليه وسلم حجة على أبي يوسف والجواب أنه حجة من حيث الدلالة لا من حيث العبارة وذلك لأن السبب هو الخوف وهو متحقق بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان في حياته ولم تكن ذلك لينال فضيلة الصلاة خلفه صلى الله عليه وسلم لأن ترك المشي والاستدبار في الصلاة فريضة والصلاة خلفه فضيلة ولا يجوز ترك الفرض لإحراز الفضيلة والخطاب للرسول قد لا يختص به كما في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة والمعلق بالشرط لا يوجب عدم الحكم عند عدمه عندنا على ما عرف بل هو معلق إلى قيام الدليل وقد قام الدليل على وجوده وهو فعل الصحابة رضي الله عنهم بعد النبي صلى الله عليه وسلم فإنه روي عن سعد بن أبي وقاص وأبي عبيدة بن الجراح وأبي موسى الأشعري أنهم صلوا صلاة الخوف بأصبهان وكذا روي عن سعيد بن العاص أنه حارب المجوس بطبرستان ومعه الحسن بن علي وحذيفة بن اليماني وعبد الله بن عمرو بن العاص فصلى بهم صلاة الخوف فلم ينكر أحد فحل محل الإجماع **وقوله** ويصلي بالطائفة الأولى ركعتين من المغرب مذهبنا وقال الثوري بالعكس لأن فرض القراءة في الركعتين لها ولئن فينبغي أن يكون للطائفة في ذلك حظ **وقوله** لأن تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن معناه أنه يصلي لكل طائفة شطر الصلاة وشطر المغرب ركعة ونصف فيكون حق الطائفة الأولى نصف ركعة والركعة الواحدة لا تتجزى فيثبت في كلها حكم السبق وقال الشافعي إن شاء صلى مثل مذهبنا وإن شاء يصلي مثل مذهب الثوري **وقوله** فإن قاتلوا في الصلاة فإن فعلوا ذلك بطلت صلاتهم وقال مالك لا تفسد وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم لظاهر قوله وليأخذوا حذرهم وأسلحتهم والأمر بأخذ السلاح في الصلاة لا يكون إلا للقتال ولنا ما ذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم شغل عن أربع صلوات يوم الأحزاب فلو جاز الأداء مع القتال لما تركها والأمر بأخذ السلاح كيلا يطمع فيهم العدو إذا رأوهم عنه مستعدين أو ليقاتلوا بها إذا احتاجوا ثم يستقبلوا الصلاة **وقوله** فإن اشتد الخوف بأن لا يدعهم العدو أن يصلوا نازلين بل يلجئوهم بالمحاربة صلوا ركبانا إلى آخره وفيه إشارة إلى أن الاشتداد شرط لجواز الصلاة ركبانا فرادى يومئون لا شرط لجواز صلاة الخوف حتى لو ركبت في حالة اشتداد الخوف بطلت صلاته لأنه عمل كثير لم يرد فيه النص بخلاف المشي والذهاب فإنه ورد فيهما النص بصيغة الرخصة وإن كان ينبغي عملا كثيرا وعن محمد أنهم يصلون جماعة استحسن ذلك لينال فضيلة الصلاة بالجماعة وليس بصحيح لأن اتحاد المكان شرط صحة الاقتداء ولم يوجد إلا أن يكون الراكب مع الإمام على دابة واحدة فيصح الاقتداء المانع وليس الخوف من سبع يعاينونه كالخوف من العدو لأن الرخصة لدفع سبب الخوف عنهم ولا فرق في هذا بين السبع والعدو

باب الجنائز

الجنائز جمع جنازة والجنازة بالكسر السرير وبالفتح الميت وقيل هما لغتان وعن الأصمعي لا يقال بالفتح ولما كان الموت آخر العوارض ذكر صلاة الجنازة آخر الصلاة لأن هذا المناسبة لأن هذا يقتضي أن يذكر الصلاة في الكتب في آخرها ولكن أخرجها الكتب كتاب الصلاة بما يتعلق بها حالا ومآلا وإذا احتضر الرجل أي قرب من الموت وقد تعالى احتضر أي ما أتاه الوفاة حضرته أو ملك الموت **وقوله** على شقه أي جنبه الأيمن اعتبارا بحال الوضع في القبر فإنه يوضع فيه كذلك بالاتفاق لأنه

اشرف عليه اي على الوضع في الغمر والشيء اذا قرب من شيء اخذ حكمه **وقوله** ولقنوه الشهادة تلقينها ان يقال عنده
ولا يقال له قل لان الحال صعب عليه فربما يمتنع عن ذلك والعياذ بالله **وقوله** والمراد الذي قرب من الموت نفي
لوهم من يتوهم ان المراد قراءة التلقين على القبر كما ذهب اليه بعض فيكون من باب قوله انك ميت ومن قتل قتيلا
فله سلبه **وقوله** ثم فيه تحسينه لانه اذا ترك مفتوح العينين يصير كريه المنظر ويقبح في اعين الناس **فصل في**
ذكر احوال الميت فصول وقدم الغسل لانه اول ما يصنع به وهو واجب على الاحياء بالاجماع واختلفوا في
سبب وجوب الغسل فقيل انما وجب لحدث يحله باسترخاء المفاصل لا لنجاسة تحل به فان الآدمي لا يتنجس بالموت
كرامة له اذ لو تنجس لما طهر بالغسل كسائر الحيوانات وكان الواجب اقتصار الغسل على اعضاء الوضوء كما في حال
الحياة لكن ذلك انما كان لنفي الحرج فيما يتكرر في كل يوم والحدث بسبب الموت لا يتكرر فكان كالجنابة لا يكتفى فيها بغسل
الاعضاء الاربعة بل يبقى على الاصل وهو وجوب غسل البدن لعدم الحرج كذا اختاره وقال العراقيون يجب غسله
لنجاسة الموت لا بسبب الحدث لان للآدمي دما سائلا كالحيوانات الباقية فيتنجس بالموت قياسا على غيره
منها الا ترى انه اذا مات في البير نجسها ولو حمله المصلي لم تجز صلاته ولو لم يكن نجسا لجازت كالو حمل
محدثا ويحتمل ان يزول نجاسته بالغسل كرامة له **وقوله** واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء
عنه اي عن الميت وقوله لينصب علة الوضع على السرير فانه لو وضع على الارض تلطخ بالطين ولم يبين كيفية
وضع التخت الى القبلة طولا او عرضا ولا كيفية وضع الميت على التخت اما الاول فمن اصحابنا من اختار الوضع
طولا كما كان يفعل في مرضه اذا اراد الصلاة بالايماء ومنهم من اختار الوضع طولا كما كان يفعل في مرضه اذا اراد
الصلاة بالايماء ومنهم من اختار الوضع عرضا كما يوضع في القبر قال شمس الائمة السرخسي والاصح انه يوضع كيف اتفق
لانه يختلف باختلاف الاماكن والمواضع واما الثاني فليس فيه رواية الا ان العرف فيه ان يوضع مستلقيا على
قفاه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر فان الآدمي محترم حيا وميتا فتستر عورته كذلك ويكتفى
بستر العورة الغليظة بان يستر السوءة ويترك فخذاه مكشوفين في ظاهر الرواية تيسيرا لانه مما يشق عليهم
غسل ما تحت الازار **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول النوادر فانه قال فيها ويوضع على عورته خرقة
من السرة الى الركبة وينزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف وهذا لان المقصود من الغسل هو التطهير والتطهير
لا يحصل اذا غسل مع ثيابه لان الثوب متى تنجس بالغسالة تنجس به بدنه ثانيا بنجاسة الثوب فلا يفيد
الغسل فيجب التجريد وفيه نفي لقول الشافعي رحمه الله ان السنة ان يغسل في قميص واسع الكمين حتى يدخل
الغاسل يده في الكمين ويغسل بدنه وان كان ضيقا خرق الكمين لان النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي غسل في قميصه
الذي توفي فيه وما كان سنة في حق النبي صلى الله عليه وسلم كان سنة في حق غيره ما لم يقم دليل التخصيص وقلنا قد
قام دليل التخصيص روت عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي اجتمعت الصحابة لغسله فقالوا
لا ندري كيف نغسله انغسله كما نغسل موتانا او نغسله وعليه ثيابه فارسل الله عليهم النوم فما منهم الا نائم
وذقنه على صدره اذ ناداهم مناد ان اغسلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه ثيابه فعلمت الصحابة
رضي الله عنهم ان السنة في سائر الموتى التجريد وقد خص صلى الله عليه وسلم عن ذلك بالنص لعظم حرمته وقوله
من غير مضمضة واستنشاق اما الوضوء فلانه سنة الاغتسال الا انهما تركا فلان اخراج الماء منه متعذر فيتركان
سعيا لا مضمضة ويكبه على وجهه لما يخرج من جوفه ما هو شر منه وقال الشافعي رحمه الله يمضمض
ويستنشق اعتبارا بحال الحياة واجيب بانه اعتبار فاسد لانه صلى الله عليه وسلم قال الميت يوضأ وضوءه للصلاة
ولا يمضمض ولا يستنشق ولم يذكر محمد في الكتاب انه يستنجي اولا وذكر في صلاة الاثر ان على قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله يستنجي وعلى قول ابي يوسف رحمه الله لا يستنجي لان المسكة تزول بالموت والمفاصل تسترخي فربما
يزداد استرخاء بالاستنجاء فيخرج نجاسة من باطنه فلا يفيد الاستنجاء فائدته ولهما ان موضع الاستنجاء لا يخلو عن نجاسة

حقيقية

حقيقية فيجب ازالتها كما لو كانت في موضع آخر من البدن ثم الاقتصار على المضمضة والاستنشاق في
يدل على ان فيه نقلا لا انفعال من تقدير غسل اليدين الى الرسغ والمسح على الرأس كما كانت في الجنابة هو الصحيح و
صلاة الاثر لانه لا يغسل اليدين بل يغسل الوجه ولا يمسح على الرأس **وقوله** ثم يفيضون الماء عليه يعني ثلاثا
وان زاد على ذلك جاز كما في حال الحياة **وقوله** تجمر سريره اي يبخر يعني بالمجمر وهو الذي يوقد فيه العود
حول السرير جميعا او ثلاثا او خمسا اما التجمير فلان فيه تعظيم الميت واما الايتار فلقوله صلى الله عليه
وسلم ان الله وتر يحب الوتر **وقوله** ويغلى كلاهما من الاغلاء لا من الغلي لان الغلي والغليان لازم وقال
الشافعي رحمه الله الغسل بالماء البارد افضل حذرا من زيادة الاسترخاء الموجبة لخروج النجاسة المنجسة
للكفن وقلنا غسل الميت شرع للتنظيف والماء الحار ابلغ في التنظيف فيكون افضل وزيادة الاسترخاء قد
تعين على المقصود وهو التنظيف لانه يخرج جميع ما هو متهيئ للخروج فلا يتنجس الكفن بعد الفراغ
من الغسل فان لم يكن اي فان لم يوجد الماء المغلي بالسدر او بالحرض وهو اشنان يغسل بالماء القراح اي الخالص
واما الغاسل ذلك فاتبعنا ما ذكر في مبسوط شيخ الاسلام والمحيط وهو ما روي عن ابن مسعود رضي الله
عنه انه يبدأ اولا بالماء القراح حتى يبتل ما على البدن من الدرن والنجاسة ثم بالسدر ثم بالاشنان
ليزول ما على البدن من ذلك لانه ابلغ في التنظيف ثم الكافور لان السنة تطييب البدن للميت كذا فعلت الملائكة
بآدم عليه السلام حين غسلوه ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له لانه مثل الصابون في التنظيف
وقوله ثم يضجع على شقه الايسر **وقوله** لان السنة البداية بالميامن روي عن ام عطية ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال للنساء في غسل ابنته ابدأن بميامنها ثم اجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا
تحرزا عن العنف حتى انه يبقى عند المخرج شيء فيسيل تحرزا عن تلويث الكفن والاصل فيه ما روي ان عليا رضي الله
عنه لما غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح بطنه بيده مسحا رفيقا طلب منه ما يطلب من الميت فلم ير
شيئا فقال طبت حيا وميتا فان خرج منه شيء غسله قبل بعد ان مسحه لان المسح قبل الغسل مما تعدنا عن ذلك
الموضع ولا يعيد غسله روي بضم الغين وفتحها ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه
وسلم للمسلم على المسلم ست حقوق وذكر منها الغسل بعد الموت وقد حصل مرة وسقط الواجب فلا يعيد واما
الوضوء فلان الخارج ان كان حدثا فالموت ايضا حدث وهو لا يوجب الوضوء فكذا هذا الحدث والمذكور في
الكتاب من مسح البطن بعد المرة الثانية من الغسل ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة رحمه الله في غير
رواية الاصول انه قال يقعد اولا ويمسح بطنه ثم يغسله لان المسح قبل الغسل اولى حتى يخرج ما في بطنه من
النجاسة فيقع الغسل ثلاثا بعد خروج النجاسة وجه الظاهر ان النجاسة قد لا تكون متعلقة فلا تخرج الا بعد
الغسل مرتين بماء حار فكان المسح بعد المرتين اقدر على اخراج ما فيه من النجاسة فيكون اولى واعلم ان التثليث
في غسله سنة لحديث ام عطية اغسلنها ثلاثا او خمسا وحكى ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي يغسل
اولا وهو على جنبه الايسر ثم يغسل وهو على الايمن ثم وهو على جنبه الايسر ليحصل الغسل ثلاثا وقال
بعض الشارحين ترك المصنف ذكر الثالث وقال بعضهم الثالث هو قوله ثم يفيضون الماء عليه ورد
بانه قال بعد ذلك ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي وغسل الرأس بعد الوضوء قبل الغسل بالاجماع فكيف يكون
ذلك ثالثا وانما ذكر الغسل اجمالا ثم ما بعده تفصيله وقال بعضهم يجوز ان يكون المذكور في الكتاب
من الغسل مرتين مختار المصنف والتثليث في السنة عند كل الجماع وهذا اقرب قيل انه لا بد منها
في غسل الميت حتى لو اخرج الغريق وجب غسله الا اذا حركه عند الاخراج بنية الغسل لان الخطاب بالغسل توجه على
بني آدم ولم يوجد منهم شيء عند عدم التحريك وفيه نظر لان الماء مزيل بطبعه فكما لا تجب النية في غسل النجاسة الحقيقية
لا تجب في غسل الميت ولهذا قال في فتاوى قاضيخان ميت غسله اهله من غير نية الغسل اجزأهم ذلك **وقوله**

يشفعه ظاهر والحنوط عطر مركب من اشياء طيبة والمراد بالمساجد الجبهة والانف واليدان والركبتان والقدمان لانه كان يسجد بهذه الاعضاء فتختص بزيادة الكرامة **وقوله** ولا يسرح شعر الميت بتسريح الشعر تخليص بعضه عن بعض وقيل تخليله بالمشط وقيل مشطه **وقوله** ولا يقص ظفره روي عن ابي حنيفة وابي يوسف ان الظفر ان كان منكسرا فلا باس باخذه **وقوله** علام تنصون ميتكم اصله على ما دخل حرف الجر على ما الاستفهامية فاسقط الفها كما في قوله تعالى عم يتساءلون ونصا الصوت الرجل نصا اي اخذ بناصيته ومدها روي ان عائشة رضي الله عنها سئلت عن تسريح شعر الميت فقالت علام تنصون ميتكم كانها كرهت تسريح راس الميت فجعلته بمنزلة الاخذ بالناصية في كونه غير محتاج اليه قال في النهاية قوله وفي الحي كان تنظيفا جواب اشكال اي لا يشكل علينا الحي حيث يسرح شعره ويقص ظفره لانه محتاج الى الزينة ولا يعتبر في حقه بدون الجزء لان الميت فانه لا يقص منه [illegible] الا الجزء في الختان بحيث يعرف بين الحي والميت حيث بالنخس الميت بالاتفاق فكذا في كل زينة يقصد بها الحي حياة يعرف بينهما لاحتماله وظن الكلام المصنف امثال وكلي قول قوله ولانه من الزينة الميت فانها تفعل للحي ايضا اجاب بقوله وبالحي كان تنظيفا يعني ما كانت تعمل بالحي من حيث انها زينة بل من حيث انها تنظيف لاجتماع الوسخ تحتها وذكر الضمير في تحته بتاويل المذكور يعني ان يقال الحي الحكم كان في الحي تنظيفا لكن الميت ايضا يحتاج الى التنظيف ولهذا قال يغلي الملح بالسدر او بالحرض مبالغة للتنظيف ويغسل راسه ولحيته ليكون انظف له فليعمل به من حيث التنظيف ويمكن ان يقال انه تنظيف بابانة جزء وذلك في الميت غير مشروع كما في الختان هذا ما سنح لي في حل هذا المقام

فصل في الكفن

رتب هذه الفصول على حسب ترتيب ما يقع من افعال المتعلقة بالكفن وهو واجب يدل عليه تقديمه على الدين والارث والوصية ولذلك قالوا ومن لم يكن له مال فكفنه على من يجب عليه نفقته كما تكون عليه كسوته في حال حياته **وقوله** السنة ان يكفن يعني تكفينه في ثلاثة اثواب سنة وذلك لا ينافي ان يكون اصل التكفين واجبا فالتكفين اما ان يكون في حالة الضرورة او لا فان كان الاول يكفن بما وجد لما روي ان مصعب بن عمير صاحب راية رسول الله صلى الله عليه وسلم استشهد يوم احد وترك نمرة وهي كساء فيه خطوط بيض وسود فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فاتى بها ان يكفن فيها وان كان الثاني فهو على نوعين كفن سنة وهو في حق الرجل ثلاثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما ذكر في الكتاب والسحولية نسبة الى سحول بفتح السين وعن الازهري بالضم وهي قرية باليمن وفي حق المراة خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها وكفن كفاية وهو في حق الرجل ثوبان ازار ولفافة وفي حق المراة ثلاثة ثوبان وخمار وما ذكر في الكتاب واضح والله اعلم

فصل في الصلاة على الميت

الصلاة على الميت فرض كفاية اما فرضيته فلان الله تعالى امر بها بقوله وصل عليهم والامر للوجوب وعلى ذلك اجمعت الامة واما انها على الكفاية فلان في الايجاب على الجميع استحالة او حرجا فاكتفي بالبعض كما في الجهاد وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان الامام الاعظم وهو الخليفة اولى ان حضر وان لم يحضر فامام المصر اولى فان لم يحضر فالقاضي

فان لم يحضر فالاقرب من ذوي قرابته وكهذه الرواية اخذ كثير من مشايخنا **وقوله** في الكتاب السلطان يجوز ان يراد به الامام الاعظم واما المصر **وقوله** ثم الولي انما هو على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما عند ابي يوسف فالولي اولى لانه على الميت كما قال الله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله ولنا ان الحسين بن علي رضي الله عنهما لما مات الحسن بن علي رضي الله عنهما وامر الصلاة للجنازة تقدم الحسين سعيد بن العاص وكان سعيد يومئذ واليا بالمدينة فابى ان يتقدم فقال له الحسين تقدم لولا السنة ما قدمتك والاية محمولة على الولاية المتناكحة **وقوله** والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح تقتضي تقديم الابن على الاب وقد ذكر محمد في كتاب الصلاة ان الاب اولى من المشايخ من قال هو قول محمد فاما على قول ابي حنيفة فالابن اولى وقيل قول الكل لان الاب يقدم الاب احتراما له ومنهم من قال الابن انما ذكره في صلاة الجنازة ان الاب اولى قول الكل لان الاب زيادة فضيلة وسن ليست للابن والفضيلة اثر في استحقاق الامامة فرجح الاب بذلك بخلاف النكاح وعلى قول هذا قوله والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح محمول على غير الاب والابن [illegible] بالعلات والاكبر سنا يجي الاصغر من كل واحد منهما لان النبي صلى الله عليه وسلم [illegible] فان اراد الاكبر ان يقدم انسانا فليس له ذلك الا برضى الاخر لان الحق لهما لاستوائهما في القرابة [illegible] واراد بنو الاعيان بتقديم انسان فليس لاحد من بني العلات منعه لانه لا حق له مع وجودهم وابن عم المراة احق من زوجها ان لم يكن له منها ابن لانقطاع النكاح بموتها والنكاح بالاجانب فان كان ذلك فهو بالصلاة لان الحق يثبت للابن في هذه الحالة ثم الابن يقدم اباه احتراما له فيثبت للزوج حق الصلاة عليها من هذا الوجه **قال** العبد وتركي وسائر القرابات اولى من الزوج وقال الشافعي رحمه الله الزوج اولى لان ابن عباس صلى على امراته وقال انا احق بها حين كانت حية فاذا ماتت فانتم احق بها وحديث ابن عباس محمول على انه كان اماما حتى قال فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي وانما قيد بذكر السلطان لانه لو صلى السلطان فلا اعادة لاحد لانه هو المقدم على الولي ثم هو الذي يختص على السلطان بل كل من كان مقدما على الولي في ترتيب الامامة في صلاة الجنائز كما ذكرنا صح ولا يعيد الولي كما قال الامام الولوالجي في فتاويه رجل صلى على جنازة والولي خلفه لم يرض به ان تابعه وصلى معه لا يعيد لانه صلى مرة وان لم يتابعه فان كان المصلي سلطانا او الامام الاعظم في البلد او القاضي او الوالي على البلد او امام حي ليس له ان يعيد لانهم هم الاولى منه وان كان غيرهم فله الاعادة وكذا ذكر في المحيط والفتاوى الظهيرية ثم النهاية ذكر في الكتاب اعادة الولي فالظاهر فيها ولم يذكر اعادة السلطان اذا لم يصلها وجب ان يكون حكمه في رواية الاعادة كحكم الولي لان الامام متقدم في حق صلاة الجنازة على الولي فلما ثبت حق الاعادة للادنى فلان يثبت للاعلى منه اولى وقال وقد وجدت رواية في نوادر الصلاة تشهد لما ذكرت وقال في قوله فان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده تخصيص الولي ليس بقيد لانا لما صلى السلطان او غيره ممن هو اولى من الولي في الصلاة على الميت ممن ذكرنا ليس لاحد ان يصلي بعده ايضا على ما ذكرنا من رواية الحلوائي والمحيط وغيرهما الذي ذكره بقوله لا يجوز لاحد ان يصلي بعده مذهبنا وقال الشافعي يعاد الصلاة على الجنازة مرة بعد اخرى لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بقبر جديد فسال عنه فقيل قبر فلانة فقال هلا اذنتموني بالصلاة فقيل انها دفنت ليلا فخشينا عليك هوام الارض فقام وصلى على قبرها ولنا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على جنازة فلما فرغ جاء عمر ومعه قوم فاراد ان يصلي ثانيا فقال له النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة على الجنازة لا تعاد ولكن ادع للميت واستغفر له وتاويل ما روي ان الحق كان له قال الله تعالى النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وليس لغيره ولاية الاسقاط وهكذا تاويل فعل الصحابة فان ابا بكر رضي الله عنه كان مشغولا بتسوية الامور وتسكين الفتنة فكانوا يصلون عليه قبل حضوره وكان الحق له لانه هو الخليفة فلما فرغ صلى عليه ثم لم يصل احد بعده عليه كذا في المبسوط **وقوله** ويصلى على قبره يعني اذا وضع اللبن

على الجنازة والقبل التراب عليه اما اذا لم يوضع اللبن على اللحد ووضع ولكن لم يهل التراب عليه يخرج فيصلى عليه لان التسليم
لم يتم بعد كذا في المحيط وقوله والمعتبر في ذلك اي في عدم التفسخ وقوله هو الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف في
الامالي انه يصلي على الميت في القبر الى ثلاثة ايام وبعدها لا يصلى عليه وهكذا ذكر ابن رستم في نوادره عن محمد عن ابي
حنيفة قال الصحيح ان ذلك ليس بتقدير لازم لان تفرق الاجزاء يختلف باختلاف حال الميت من السمن والهزال وباختلاف
الزمان من الحر والبرد وباختلاف المكان من الصلابة والرخاوة والذي روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على شهداء
احد بعد ثماني سنين معناه دعا لهم وقيل انهم لما دفنوا لم تتفرق اعضاؤهم واذا كان اكبر الرأي هو المعتبر فان كان
اكبر رأيهم ان اجزاء الميت قد تفرقت قبل ثلاثة ايام لا يصلون عليه بعد ثلاثة ايام **قال** والصلاة ان يكبر تكبيرة
الصلاة على الميت اربع تكبيرات يحمد الله عقيب التكبيرة الاولى لم يبين كونها من الثناء كما في سائر الصلوات فانه يقول
فيها سبحانك اللهم وبحمدك الى الاخر فقد اختلفوا في هذا بعد التحريم فقال بعضهم يحمد الله تعالى كما ذكر في ظاهر
الرواية وقال بعضهم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى الاخر كما في الصلوات المعروفة واراد انه اختار المصنف حيث اشار
اليه بقوله والبداءة بالثناء فان المعهود بين الناس ذلك ولا يرفع يديه في التكبيرات الا عند الافتتاح ثم يكبر تكبيرة ثانية يصلي
على النبي صلى الله عليه وسلم في صلاة الناس على النبي صلى الله عليه وسلم كما في التشهد وعلى ذلك
وضعت الخطبة ثم يكبر تكبيرة ثالثة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين يقول اللهم اغفر لحينا وميتنا الى ان يختم
ذلك والاصل في ذلك دعاء الثناء على الله والصلاة على النبي يعقبه الدعاء والاستغفار وقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم اذا اراد احدكم ان يدعو فليحمد الله وليصل على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يدعو ثم يكبر الرابعة
ويسلم لان النبي صلى الله عليه وسلم كبر اربعا في اخر صلاة صلاها فنسخت ما قبلها كلها فكان ما بعد التكبيرة الرابعة
اوان التحلل وذلك بالسلام وليس بعدها دعاء سوى السلام في ظاهر الرواية واختار بعض المشايخ ان يقال
ربنا اتنا في الدنيا حسنة وفي الاخرة حسنة وقنا برحمتك عذاب القبر وعذاب النار وبعضهم ان يقول ربنا
لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا الاية ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المقتدي في الخامسة لكونها منسوخة لما روينا انه
عليه السلام كبر اربعا في اخر صلاة صلاها وقال زفر يتابعه لانه مجتهد فيه لما روي عن علي رضي الله عنه
كبر خمسا قلنا يتابعه المقتدي كما في تكبيرات العيد قلنا ثبت ان الصحابة تشاوروا ورجعوا الى اخر صلاة صلاها فصار
ذلك منسوخا باجماعهم ومتابعة المنسوخ خطأ فان قيل اذا لم يتابعه ماذا يصنع في رواية عن ابي حنيفة ينتظر
تحقيقا للمخالفة وفي اخرى يسلم بتسليم الامام ليصير متابعا فيما وجب المتابعة فيه قال المصنف وهو
المختار **وقوله** والابتداء بالدعوات يعني بعد التكبيرة الثالثة اشارة الى ان المقصود هو الدعاء والبداية
بالثناء والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم سنة الدعاء لتحصل الاستجابة فانه روي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم رأى رجلا فعل هكذا بعد الفراغ من الصلاة فقال صلى الله عليه وسلم ادع فقد استجيب لك
وعلى هذا لا يستغفر للصبي لانه لا ذنب له ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا اي اجرا يتقدمنا واصل الفرط فيمن يتقدم
الواردة ومنه الحديث انا فرطكم على الحوض اي متقدمكم واجعله لنا ذخرا اي اجرا باقيا واجعله لنا شافعا مشفعا
اي مقبول الشفاعة **وقوله** ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين ظاهر وحاصله ان الحاضر بعد التكبيرة الاولى عند ابي
يوسف كالمسبوق والمسبوق يأتي بتكبيرة الافتتاح اذا حضر الامام فكذا هنا وعندهما وان كان كالمسبوق لكن
مع كل تكبيرة بمنزلة ركعة من الصلاة ولهذا قيل اربع كاربع الظهر والمسبوق لا يأتي بما فاته الا بعد فراغ الامام
فينتظر حتى يكبر الامام فيكبر معه وتكون هذه التكبيرة تكبيرة الافتتاح في حق هذا الرجل فيصير مسبوقا بما فاته من تكبيرة
او تكبيرتين يأتي بها بعدما سلم الامام وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما **وقوله** الا على اي الاستلام فانه قبل
اكانما ادرك مع الامام مسبوق **وقوله** وهو فيه ولو كان حاضرا اي الذي فاتته التكبيرة لا ينتظر الثانية بالاتفاق
لانه بمنزلة المدرك لتلك التكبيرة ضرورة العجز عن المقارنة وشرط نصا التكبير الثانية ان لا ترفع الجنازة لانه لا يجوز

بعد

بعد دفنوا وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا سلم الامام فانه عند ابي حنيفة ومحمد يكبر المسبوق قبل ان
ترفع الجنازة لانه صار مسبوقا بها وعند ابي يوسف يسلم مع الامام لانه لم يصر مسبوقا اذ لا يكبر عند الحضور ولو كان
مسبوقا ثم يجيء بعد ما كبر الامام كان محتجا باربع تكبيرات وجاء قبل ان يسلم الامام فانه لا يكون مدركا للصلاة
عندهما لانه لو كبر صار مشتغلا بقضاء ما سبق به قبل فراغ الامام واذا سلم الامام فاتته الجنازة وعلى قول ابي
يوسف يكبر ويشرع في صلاة الامام ثم يأتي بالتكبيرات بعدما سلم قبل ان ترفع الجنازة **قوله** ويقوم الذي
يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر كلامه واضح والوسط في كلام صاحب النهاية بسكون السين لانه اسم مبهم لداخل الشيء
وكذا كان ظرفا فيما لحقه وسط الدار بالسكون وهو المراد خلاف المحرك لانه اسم لعين ما بين طرفي الشيء وليس
بمراد والنعش شبه المحفة مشبك مطبق على المرأة واذا وضعت على الجنازة والركبان جمع راكب **وقوله** لانه
دعاء بغير في الحقيقة فلهذا لم تكن لها قراءة ولا ركوع ولا سجود فلا يسقط القيام كسائر الاركان وفي الاستحسان
لا يجزيهم يعني يجب عليهم الاعادة لما ذكر في الكتاب **وقوله** ولا بأس بالاذن اي باذن الولي لغيره بالامامة
اذا حضر الميت شخص في تقديمه من تحرز وثواب وشغله بذلك ادعيه لان الصلاة على
الميت حقه فجاز ان يأذن لغيره وقيل معناه لا بأس باذن الولي **قوله** وفي بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير
بالاذان اي اعلام الاقارب والجيران قال صلى الله عليه وسلم اذا مات احدكم فاذنوني بالصلاة عليه يعني
وقد استحسن بعض المتاخرين النداء في الاسواق للجنازة التي يرغب الناس في الصلاة عليها كالزهاد والعلماء
وقوله ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة اذا كانت الجنازة في المسجد فالصلاة عليها مكروهة باتفاق اصحابنا
وان كانت الجنازة والامام وبعض القوم خارج المسجد والباقي فيه لم يكره بالاتفاق وان كانت الجنازة
وحدها خارج المسجد ففيه اختلاف المشايخ وقال الشافعي رحمه الله لا يكره على كل حال لما روي انه لما مات سعد
بن ابي وقاص رضي الله عنه امرت عائشة رضي الله عنها بادخال جنازته المسجد حتى صلت عليها ازواج النبي
صلى الله عليه وسلم ثم قالت لبعض من حولها هل عاب الناس علينا ما فعلنا قال نعم فقالت ما اسرع ما نسوا
ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة سهيل بن البيضاء الا في المسجد ولنا ما روى ابو هريرة رضي
الله عنه قال من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له وحديث عائشة رضي الله عنها مشترك الالزام لان الناس
في زمانها المهاجرين والانصار قد عابوا عليها فدل على ان كراهة ذلك كانت معروفة فيما بينهم وتأويل
صلاته صلى الله عليه وسلم على جنازة سهيل في المسجد انه كان معتكفا في ذلك الوقت فلم يمكنه الخروج فامر بالجنازة
فوضعت خارج المسجد وعندنا اذا كانت الجنازة خارج المسجد يكره ان يصلي الناس عليها في المسجد لما ذكرنا **وقوله**
ولانه بني لاداء المكتوبات علة لان معنى لا دليل على ذلك ووقع اختلاف المشايخ فيما اذا كانت الجنازة خارج المسجد
نظرا اليها فمن نظر الى الاول قال بالكراهة وان كانت خارجة ولا يلزمه التنفل في المسجد فانه قيل حديث ابي هريرة
مطلق والتعليل بالتلويث في مقابلة النص فهو باطل والجواب ان قوله عليه السلام في المسجد يحتمل ان يكون
ظرفا للصلاة فكان دليلا للاولين ويحتمل ان يكون ظرفا للجنازة فلا يكون منافيا التعليل الاخر **وقوله**
ومن استهل على بناء الفاعل استهلال الصبي ان يرفع صوته بالبكاء عند ولادته وذكر في الايضاح هو ان يكون
منه ما يدل على حياته من بكاء او تحريك عضو او طرف عين وكلامه واضح **وقوله** لانه نفس من وجه دليل غير
ظاهر الرواية وهو عن ابي يوسف وتقريره انه في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه
وهو عن ابي يوسف وتقريره انه في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه فيعطى حظا من الشبهين فلاعتباره
بالنفوس يغسل ولاعتباره بالاجزاء لا يصلى عليه وهو اختيار الطحاوي **وقوله** واذا سبي صبي يعني اذا سبي صبي بلا احد
ابويه اما ان يكون مع احد ابويه او لا فان كان الاول فمات لم يصل عليه لانه كان تبعا للابوين لقوله صلى الله عليه
وسلم الولد يتبع خير الابوين دينا فان فيه دلالة ظاهرة على متابعة الولد للابوين الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل

الصفة المذكورة في حديث جبريل عليه السلام ان تؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره من الله وقيل معناه يعقل المنافع والمضار وان الاسلام هدى واتباعه خير لانه صح اسلامه استحسانا وان لم يصح قياسا كما هو مذهب الشافعي على ما عرف في الاصول **وقوله** او لم يسلم عطف على قوله الا ان يقر يعني انه اذا اقر بالاسلام وهو يعقل او لم يسلم احد ابويه صح اسلامه مطلقا وبيان ذلك ان الصبي يصلى عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم باسلامه كما في اللقيط على ما سيجيء فان قيل اذا كانت الدار تابعة فليتبع وان سبي معه احد ابويه ترجيحا للاسلام كالابوين اذا كان احدهما مسلما اجيب بان تاثير الدار في استتباع دون تاثير الولاد لان النبي صلى الله عليه وسلم حكم باستتباع الابوين دون الدار ومع قيام الاقوى لم يكن كذلك لما حكم بكفر صبي في دار الاسلام اصلا وكان ما تركه ابواه لبيت المال لاختلاف الدينين ولم يذكر المصنف تبعية اليد لعدمه في الدار فانه لو وقع في الغنيمة صبي في سهم رجل في دار الحرب فمات يصلى عليه ويجعل مسلما تبعا لصاحب اليد ذكره صاحب المحيط وقدم تبعية اليد على تبعية الدار **وقوله** وان مات الكافر وله ولي مسلم اي قريب لان حقيقة الولاية منفية قال الله تعالى لا تتخذوا اليهود والنصارى اولياء والمطلق يتناول كل قريب له من ذوي الفروض والعصبات وذوي الارحام وهذا الاطلاق لفظ الجامع الصغير وذكر في الاصل كافر مات وله ابن مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه اذا لم يكن هناك من اقربائه الكفار من يتولى امره فان كان خلي المسلم بينهم وبينه ليصنعوا به ما يصنعون بموتاهم بذلك امر علي رضي الله عنه لما مات ابو طالب جاء علي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله ان عمك الضال قد مات وفي رواية ان الشيخ الضال قد مات فقال صلى الله عليه وسلم اغسله وكفنه وواره ولا تحدث به حدثا حتى تلقاني اي لا تصل عليه **وقوله** لكن يغسل غسل الثوب النجس يعني لا يغسل كغسل المسلمين بالبداءة بالوضوء وبالميامن ولكن يصب عليه الماء كما يصب في غسل النجاسة ولا يكون الغسل مطلقا له حتى لو حمله انسان وصلى لم تجز صلاته بخلاف المسلم فانه لو حمله المصلي بعدما غسل جازت صلاته ويلف في خرقة يعني بلا اعتبار عدد ولا حنوط ولا كافور

فصل في حمل الجنازة

اذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وهي ما روي عن ابن مسعود من السنة ان تحمل الجنازة من جوانبها الاربع وفيه تكثير الجماعة حتى لو لم يتبعه احد كان معه جماعة وفيه زيادة الاكرام حيث لم يحمل كما يحمل الاحمال وفيه الصيانة عن سقوط الميت وقال الشافعي السنة ان تحملها رجلان كما ذكر في الكتاب واستدل على ذلك بان النبي صلى الله عليه وسلم حمل جنازة سعد بن معاذ بين العمودين قلنا ذلك لازدحام الملائكة فكان الطريق منتضيقا حتى روي انه صلى الله عليه وسلم كان يمشي على رؤوس اصابعه وصدور قدميه فكان حال الضرورة ونحن نقول به **وقوله** ويمشون به مسرعين دون الخبب الخبب ضرب من العدو دون العنق لان العنق خطو فسيح واسع لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن المشي بالجنازة فقال ما دون الخبب فان يكن خيرا عجلتموه اليه وان يكن شرا وضعتموه عن رقابكم وقال ابعدها لاهل النار والخبب مكروه لان فيه ازدراء بالميت واضرارا بالمتبعين والمشي خلف الجنازة افضل وقال الشافعي امامها افضل لان ابا بكر وعمر كانا يمشيان امام الجنازة ولنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مشى خلف جنازة سعد بن معاذ وعلي كان يمشي خلف الجنازة وقال ابن مسعود فضل خلف الجنازة على المشي امامها كفضل المكتوبة على النافلة وفعل ابي بكر وعمر محمول على التيسير على الناس لان الناس كانوا يتحرزون عن المشي امامها فلو اختارا المشي خلفها لضاقت الطريق على من يتبعها

وهكذا الجواب عن حديث علي ان ابا بكر وعمر كانا يمشيان امام الجنازة قال رحمهما الله قد علما ان المشي خلفها افضل ولكنهما ارادا ان يتيسر الامر على الناس **وقوله** واذا بلغوا الى قبره فظاهر **وقوله** كما ذكر في عين ايضا في الرجال جلوس وكره القيام **وقوله** وكيفية الحمل ان يضع الجنازة هذا لفظ الجامع الصغير الخطاب بخاطب ابو حنيفة ابا يوسف قال يعقوب رأيت ابا حنيفة يصنع هكذا قال المحبوبي وهذا دليل تواضعه قال صاحب النهاية وقد حمل الجنازة عبادة ينبغي من هو افضل منه بل افضل جميع الخلائق وهو نبينا صلى الله عليه وسلم فانه حمل جنازة سعد بن معاذ كما ذكرنا ولما ان حمل الجنازة عبادة ينبغي ان يبادر اليه كل احد وذكر شيخ الاسلام انما اراد باليمين المقدم يمين الميت على يسار الجنازة لان الميت وضع على قفاه فكان يمين الميت يسارها ويسارها يمينها فلم المعنى في الحمل على هذا الوجه انما البداءة بالايمن المقدم وذلك يمين الميت ويمين الحامل فلان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن في كل شيء والتقدم ايضا اول الجنازة والبداءة بالشيء انما يكون من اوله ثم يتحول الى الايمن المؤخر لانه لو تحول الى الايسر المقدم احتاج الى المشي امامها والمشي خلفها افضل فلما مشى خلفها وبلغ الايمن المؤخر حمله لان فيه تيامنا بالتيامن ايضا فحين جاء الى الايسر المقدم والايسر المؤخر نختار تقديم الايسر المقدم على الايسر المؤخر لانه ينتهي بالايسر المؤخر ويختم بذلك اولى لينتهي بعد الفراغ خلف الجنازة فان المشي خلفها افضل كما مر **وقوله** وهذا اي حملها على الوجه المذكور في حالة التناوب بعند كثرة الحاملين ليدفع الجانب الذي حمله الى غيره ويشتغل الى الجانب الآخر

فصل في الدفن

اصل الدفن الا تعالى الكفن والغسل والتكفين والدفن في بني آدم عرف بفعل الملائكة في حق آدم عليه السلام روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لما توفي آدم عليه السلام غسلته الملائكة وكفنوه ودفنوه ثم قالوا لولده هذه سنة موتاكم اللحد للميت واللحد جعله في القبر وهو الشق المائل في جانب القبر يلحد للميت ويشق له خلافا للشافعي فانه يقول الشق لتوارث اهل المدينة الشق لضعف اراضيهم بالبقيع وصفة اللحد ان يحفر القبر بتمامه ثم يحفر في جانب القبلة منه حفيرة يوضع فيها الميت ويجعل ذلك كالبيت المسقف وصفة الشق ان يحفر حفيرة في وسط القبر يوضع فيها الميت **وقوله** ويدخل الميت مما يلي القبلة يعني يوضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل منه الميت فيوضع في اللحد وقال الشافعي السنة ان يسل الى قبره وصفته ذلك ان يوضع الجنازة في مؤخر القبر حتى يكون رأس الميت بازاء موضع قدميه من القبر ثم يدخل الآخذ في القبر فيأخذ برجلي الميت ويخطفه في القبر اولا ويسل كذلك واحتج بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سل الى قبره ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه لا يقال هذا تعليل في مقابلة النص وهو باطل لان الرواية فيما قال النبي صلى الله عليه وسلم في قبره مضطربة روي ان ابراهيم النخعي ان النبي صلى الله عليه وسلم ادخل قبره من قبل القبلة ورد دخاله فيه روي عن ابن عباس رضي الله عنه وروي عنه ايضا مثل مذهبنا والمضطرب لا يصلح حجة فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله صلى الله عليه وسلم اي بسم الله وضعناك وعلى ملة رسول الله صلى الله عليه وسلم حين وضع ابا دجانة في القبر قال صاحب النهاية والصحيح انه وضع لان ابا دجانة مات بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وروي عن علي انه قال مات رجل من بني عبد المطلب فقال عليه السلام يا علي استقبل به القبلة استقبالا **وقوله** ويحل العقد العقدة لوقوع الامن منه ويسوى اللبن عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل على قبره اللبن **وقوله** ويسجى قبر المرأة بثوب حتى

التغطية يستحب في المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد لما ذكر في الكتاب وقد صح ان فاطمة سجي قبرها بثوب ولا يسجى
قبر الرجل وقال الشافعي يسجى لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سجى قبر سعد بن معاذ ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه
انه مر بميت وقد سجي قبره فنزعه وقال انه رجل يعني ان مبنى حال الرجال على الانكشاف كما قال في الكتاب وتاويل حديث سعد
ابن معاذ ان كفنه ما كان يعم بدنه فستر قبره حتى لا يقع الاطلاع على شيء من اعضائه **وقوله** ويكره الاجر
والخشب هذا ظاهر الرواية **وقوله** لانهما اي الاجر والخشب لاحكام البناء والقبر موضع البلى ومنهم من فرق بينهما
فكره الاجر من حيث عدم التفاؤل به لمساس النار وجوز الخشب لعدمه فيه وكان المصنف اشار الى ذلك
بقوله ثم بالاجر اثر النار فيكره تفاؤلا وزيادة مسا س النار لا يصلح علة الكراهة فان السنة ان يغسل الميت
بالماء الحار وقد مسته النار وقال شمس الائمة السرخسي والاول اوجه يعني التعليل باحكام البناء لانه جمع في
كتاب الصلاة بين استعمال الاجر وبين الخشب في الكراهة ولا يوجد معنى النار فيها **وقوله** وفي الجامع الصغير
يستحب اللبن والقصب انما صرح بلفظ الجامع الصغير لمخالفة روايته لرواية القدوري لان رواية القدوري تدل
على الاستحباب بالنفي الشق لا غير ورواية الجامع الصغير تدل عليه ولان رواية القدوري لا تدل
على جواز الجمع بينهما ورواية الجامع تدل لانه صلى الله عليه وسلم جعل على قبره طن اي حزمة من القصب **وقوله**
ثم يهال التراب عليه يقال هلت الدقيق في الجراب صببته من غير كيل وكل شيء ارسلته ارسالا من رمل او تراب
او طعام او نحوه قلت هلته اهيله هيلا فانهال اي جرى فانصب ومنه يهال التراب اي يصب **وقوله** ويسنم
القبر المراد من تسنيم القبر رفعه من الارض مقدار شبر او اكثر قليلا **قوله** ولا يسطح اي لا يربع وقال الشافعي يربع
ولا يسنم لما روي ان ابراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم قبره مسطحا ولنا
ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تربيع القبور وعن ابراهيم النخعي انه قال اخبرني من رأى قبر
النبي صلى الله عليه وسلم وقبر ابي بكر وعمر رضي الله عنهما انها مسنمة عليها فلق من مدر بيض ولم يحتج به لانه كان صبيا نفسه لا انه كان
في الرأي كرمه وتاويل تسنيم قبر ابراهيم انه صلى الله عليه وسلم سطح قبره اولا ثم سنم كذا في المبسوط والمحيط

باب الشهيد

المقتول ميت باجله عند اهل السنة وانما بوب للشهيد بابا على حدة لاختصاصه بالفضيلة وكان اخراجه من باب
صلاة الميت من باب التخصيص كاخراج جبريل من الملائكة وسمي الشهيد شهيدا لان الملائكة يشهدون موته اكراما له فكان بمعنى
مفعول فعيل بمعنى مفعول وقيل لانه مشهود له بالجنة وقيل لانه حي عند الله حاضر وهو في اصطلاح الفقهاء من قتله المشركون او
وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فقوله من قتله المشركون يعني باي آلة كانت ومن في
معناهم اهل البغي وقطاع الطريق الخروج على طاعة الامام **وقوله** اثر اي جراحة ظاهرة او باطنة كخروج الدم من العين
ونحوها **وقوله** او قتله المسلمون ظلما احتراز عما قتله المسلمون حدا او قصاصا **وقوله** ولم يجب بقتله دية احتراز عن
شبه العمد والخطا وحكمه انه يكفن بالاتفاق ويصلى عليه عندنا خلافا للشافعي اما التكفين فهو سنة في موتى بني آدم
لانه كان عليهم ثياب لم تنزع عنه لقوله صلى الله عليه وسلم زملوهم بكلومهم ودمائهم وفي رواية بثيابهم وينزع الفرو
والحشو والقلنسوة والخف والسلاح لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون اتماما للكفن على ما يذكر واما عدم الغسل
فلانه في معنى شهداء احد وقال عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل ظلما بالحديد وهو طاهر
بالغ ولم يجب بقتله عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والقيد بالحديد انما هو اذا كان القتل من المسلمين واما من اهل الحرب واهل البغي
وقطاع الطريق فليس بشرط لما تقدم لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح وشرط ان لا يكون مرتثا على ما نذكره واما

الصلاة عليه فهذا لغنا الشافعي فيه قال الله وقال السيف محاء للذنوب فاغني عن الشفاعة وقلنا الصلاة على الميت
لاظهار كرامته والشهداء اولى بالكرامة **وقوله** والطاهر عن الذنوب لا يحتاج الى الدعاء جواب عن قوله السيف محاء للذنوب وهو ظاهر
وقوله ومن قتله اهل الحرب ظاهر مما ذكرنا واعترض بان من قتله اهل الحرب فهو في معنى شهداء احد فاي شيء لو
لم يغسل ولما اهل البغي وقطاع الطريق فمن اهل الاسلام فلم يكن قتيلهم بمعنى شهداء احد فينبغي في الحديد او الالة التي
لا ينبغي ثبوت الشهادة واجيب بان الامر التغليظ بنا اثر بقتالهم الحق بقتال اهل الحرب قال الله تعالى في اهل البغي
فقاتلوا التي تبغي الاية وقال صلى الله عليه وسلم في قطاع الطريق قاتل دون مالك وقال من قتل دون ماله فهو
شهيد واذا كان قتالهم مامورا به صار كقتال اهل الحرب وفي قتال اهل الحرب الحكم تعميم الالة فكذا في قتالهما **وقوله**
لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت لانه خرج عن كونه مكلفا بالغسل عن الجنابة والثاني اي الغسل بسبب الموت
لم يجب لان الشهادة تمنعه فان قوله صلى الله عليه وسلم زملوهم بكلومهم ودمائهم لا يفصل بين الشهيد الجنب وغيره ولابي
حنيفة ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا يرفع الجنابة الا ترى انه لو كان في ثوب الشهيد نجاسة تغسل
تلك النجاسة ولا يغسل عنه الدم قيل ولم يكن رافعا لحكم الحدث اذا استشهد وهو لا بالطل وكذلك الملزوم
واجيب بانه لا يلزم من ان لا يكون رافعا للاعلى ان لا يكون رافعا للادنى وبانه ثبت بالنص فقد صح ان حنظلة
لما استشهد جنبا غسلته الملائكة فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم اهله عن حاله فقالت زوجته انه اصاب
مني فسمع الهيعة فاعجلته عن الاغتسال فاستشهد وهو جنب فقال صلى الله عليه وسلم هو ذاك الهيعة
الصوت الذي يفزع منه فان قيل الواجب غسل بني آدم دون الملائكة ولو كان ذلك واجبا لامر عليه السلام باعادة
غسله اجيب بان المراد هو الغسل واما الغاسل فيجوز كائنا من كان الا ترى ان الملائكة لما غسلت آدم بايديهم
الواجب ولم يعيدوا لاداء غسله **وقوله** وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا يعني عندهما لا يغسلان
لان الغسل الاول سقط بالموت والثاني لم يجب بالشهادة وعنده يغسلان لان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة
وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية فان عن ابي حنيفة فيه روايتان في رواية وهو الاصح يغسلان
لان الانقطاع حصل بالموت والكلام السابق يوجب الاغتسال عند الانقطاع **وقوله** وعلى هذا الخلاف الصبي على
ما ذكرنا **وقوله** بهذه الكرامة اي لسقوط الغسل فان سقوط الغسل عن الشهيد لابقاء اثر مظلومية في القتال كرامة
لهم والمظلومية في حق الصبي اشد فكان اولى بهذه الكرامة ولابي حنيفة ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء
احد بوصف كونه طهرة عن الذنب ولا ذنب للصبي فلا يكون في معناهم **وقوله** وينزع عنه الفرو الى آخره مذهبنا
وقال الشافعي لا ينزع عنه شيء واحتج باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم زملوهم من غير فصل ولنا ما روي عن
ابن عباس قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلى احد ان ينزع عنهم الحديد والجلود وان يدفنوا بدمائهم وثيابهم
واذا تعارضا صرنا الى القياس وهو معنا على ما ذكر في الكتاب **وقوله** ويزيدون وينقصون ما شاؤوا اي يزيدون
ما شاؤوا اذا كان ناقصا عن العدد المسنون وينقصون ما شاؤوا يعني اذا كان زائدا على العدد المسنون **وقوله** ارتث
هو من قولك ثوب رث اي خلق وتكلمه ظاهر **وقوله** ولو اوصى بشيء من امور الآخرة كذلك خلافا لما في حق الدنيا
الآخرة لانه اذا اوصى بشيء من امور الدنيا يغسل بالاتفاق **وقوله** الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما اي حينئذ لا يغسل فيما
اذا علم قاتله عينا واما اذا علم انه قتل بحديدة ظلما ولكن لم يعلم قاتله فلاصل ان الواجب هناك الدية والقسامة
على اهل المحلة ولفظ الكتاب يشير الى هذا لانه قال لان الواجب فيه القصاص ولا قصاص مع جهل القاتل المعلوم
وهو اي القصاص عقوبة والقاتل لا يتخلص عن العقوبة ظاهرا في احكام الدنيا ان وقع الاستيفاء او في محض العقبى
ان لم يستوف فلو كان وجوب القصاص مانعا عن الشهادة لانسد بابها وهو باطل فان قيل من وجب بقتله القصاص ليس
في معنى شهداء احد اذ لم يجب بقتلهم شيء كالعسل الشهيد الطرازات الدية فان نفعها يعود الى الميت حتى تقضى ديونه وتنفذ
وصاياه **وقوله** وعند ابي يوسف ومحمد ما لا يلبث بمنزلة السيف يعني لا يشترط في قتيل يكتسبه المصر ان يقتل بالحديد عندهما

بل المثقل من الحجر والخشب مثل الشبع عندهما حتى لا يغسل القتيل ظلماً في المصر اذا عرف قاتله وعلم انه قتله بالمثقل لوجوب القصاص عندهما وعند ابي حنيفة لا يجب القصاص في القتل بالمثقل ويغسل بوجوب الدية **وقوله** ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه وقال الشافعي يصلى عليهم لانهم مسلمون الا انه مقتول بحق فصار كالمقتول في رجم او قصاص ولنا ان عليا لم يصل على البغاة ولم يغسلهم فقيل له اكفار هم فقال لا ولكنهم اخواننا بغوا علينا اشار الى انه انما ترك الغسل والصلاة عليهم عقوبة لهم وزجراً لغيرهم وهو نظير المصلوب يترك على خشبة عقوبة له وزجراً لغيره والله تعالى اعلم بالصواب

باب الصلوة في الكعبة

قد تقدم في اول باب صلاة الجنازة وجه تاخير هذا الباب فلا نعيده الصلاة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها عندنا خلافاً للشافعي قال صاحب النهاية كان هذا اللفظ وقع سهواً من الكاتب فان الشافعي يرى جواز الصلاة في الكعبة فرضها ونفلها كذا اورده اصحاب الشافعي في كتبهم ولم يورد احد من علمائنا ايضاً هذا الخلاف فيما عندي من الكتب واجيب بان مراده ما اذا توجه الى الباب وهو مفتوح وليست العتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرحل وهو خرج عن الجماع على السهو الا ان اطلاق كلامه ينافيه **قوله** خلافاً لمالك في الفرض يعني انه يجوز النفل في جوف الكعبة ولا يجوز الفرض وبقول الصلاة فيها جائزة من حيث انه استقبل بعضاً وتاركة من حيث انه استدبر آخر والترجيح لجانب الفساد احتياطاً في امر العبادة وهو القياس في النفل ايضاً الا انه يترك لورود الاثر فيه ومبناه على المساهلة فالتحق بما علا مع القدرة على القيام فالفرض ليس في معناه ليلحق به ولنا انه صلى الله عليه وسلم صلى في جوف الكعبة يوم الفتح رواه بلال ولئن كان نفلاً فالفرض في معناه فيما هو من شرائط الجواز دون الاركان ولانها صلاة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط كما لو صلى خارجها وهذا لانه انما يجب النساد لو استقبل بعضها لا نتفاء المامور به وهو استقبال شطر منها وانما اذا استقبل شطراً فمتنوع فانه اتى بما امر به **وقوله** فان صلى الامام بجماعة فيها الصلاة بالجماعة في جوف الكعبة لا تخلو عن وجوه اربعة اما ان يكون وجههم الى ظهر الامام او الى وجه الامام او الى جانب الامام او الى ظهر الامام والاول على انواع حاز بلا كراهة والثاني بكراهة والرابع لا يجوز اما جواز الاول فظاهر واما جواز الثاني فلوجود المتابعة وانتفاء المانع وهو التقدم على الامام واما كراهته فلتشبيهه بعبادة الصور بالمقابلة فينبغي ان يجعل بينه وبين الامام سترة تحرزاً عن ذلك واما جواز الثالث فلما ذكر في الكتاب انه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ قيل هذا ليس بكاف لانه من جعل ظهره الى وجه الامام وهو الوجه الرابع متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ ومع ذلك لا يجوز صلاته وكان الوجه ان يقول وهو غير متقدم عليه والجواب انه لما علل عدم الجواز في الوجه الرابع بالتقدم على الامام دل على انه مانع فاقتصر عن ذكره في الاول اعتماداً على انه يفهم من الثاني **وقوله** بخلاف مسئلة التحري يعني اذا صلوا في ليلة مظلمة بجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام وهو يعلم حاله فانه لا يجوز صلاته لانه اعتقد امامه على الخطأ وقد مر في باب شروط الصلاة وقد ظهر من هذا وجه جواز الوجه الرابع من هذا واما اذا كان على يمين الامام او يساره فهو ايضاً جائز وهو ظاهر **وقوله** واذا صلى الامام في المسجد الحرام فتحلق الناس حول الكعبة في بعض النسخ تحلق وهو ظاهر لانه عطف على قوله صلى **وقوله** فمن كان جزاء الشرط وقال بعضهم هو جزاء الشرط **وقوله** فمن كان جملة اخرى شرطية عطفت على الاولى **وقوله** اذا لم يكن في جانب الامام يشير الى انه اذا كان في جانبه لم يوجد التقدم لان التقدم والتاخر انما يظهر عند اتحاد الجانب قال بعض الشارحين لان التقدم والتاخر من الاسماء الاضافية فلا يظهر الا عند اتحاد الجهة وفيه نظر لانهما من الاسماء الاضافية وليس للاضافة تقيد بالجهة وقال بعضهم لان عند اتحاد الجهة كان في معنى من جعل ظهره الى وجه الامام وهو جائز

وقوله ومن صلى على ظهر الكعبة اي على سطحها ولعله اختار لفظ الظهر ليوافق لفظ الحديث بمعنى ما تلونا اراد ان صلاة من صلى على سطح الكعبة جازت صلاته عندنا وان لم يكن بين يديه سترة وقال الشافعي لا تجوز الا اذا كان بين يديه سترة بناء على ان المعتبر في جواز التوجه اليها للصلاة والبناء وعندنا ان القبلة هي الكعبة والكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء ولا معتبر بالبناء لانه ينقل الا يرى انه من صلى على ابي قبيس جازت صلاته ولا شيء من الكعبة بين يديه فدل على انه لا معتبر بالبناء **وقوله** الا انه يكره استثناء من قوله جازت صلاته وتذكير الضمير بتاويل فعل الصلاة او اداء الا انما فيه اي في التعلي على ظهر الكعبة من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه قيل اي عن ترك التعظيم وقيل عن اداء الصلاة فيه على ظهرها روي عن ابي هريرة انه قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة في سبعة مواطن المجزرة والمزبلة والمقبرة والحمام وقارعة الطريق ومعاطن الابل وفوق بيت الله الحرام والله اعلم

كتاب الزكاة

قرن الزكاة بالصلاة اقتداء بكتاب الله تعالى في قوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا الزكاة ولان الصلاة حسنة لمعنى في نفسها بدون الواسطة والزكاة ملحق بها وموضعه اصول الفقه والزكاة في اللغة عبارة عن النماء يقال زكا الزرع اذا نما وفي عرف الفقهاء اسم لفعل اداء حق يجب للمال يعتبر في وجوبه الحول والنصاب لانها توصف بالوجوب وهو من صفات الافعال دون الاعيان وقد تطلق على المال المؤدى لان الله تعالى قال واتوا الزكاة ولا يصح ايتاء الا في العين وسببها ملك النصاب النامي وشرطها الحرية والبلوغ والعقل والاسلام والخلو عن الدين وكمال النصاب حولي وصفتها الفرضية وحكمها الخروج عن عهدة التكليف في الدنيا والنجاة عن العقاب والوصول الى الثواب في العقبى **قال** الزكاة واجبة على الحر الزكاة واجبة اي فريضة لازمة بالكتاب وهو قوله تعالى واتوا الزكاة والسنة المعروفة بني الاسلام على خمس الحديث واجماع الامة لم ينكرها احد من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وانما عدل عن لفظ الفرض الى الواجب اما لان بعض مقاديرها وكيفياتها ثابتة باخبار الاحاد واولان استعمال احدهما في موضع الآخر جائز مجازاً واما قال الملك تاماً احترازاً عن مال المكاتب فانه ملك المولى واما المكاتب فيه ملك اليد وعن مال المديون فان صاحب الدين يستحق عليه فكون ملكاً ناقصاً لا منه فيه ظاهر **قوله** فاذا لحقه عليه يعني يكون الاحتياز بدون حقيقة ضمنها حيا ذا ظهر النماء ولم يظهر **وقوله** ثم قيل هو واجب على الفور هو قول الكرخي فانه قال يأثم بتاخير الزكاة بعد التمكن وروي عن محمد من اخر الزكاة من غير عذر لا تقبل شهادته فرق بينها وبين الحج فقال لا يأثم بتاخير الحج ويأثم بتاخير الزكاة لان في الزكاة حق الفقراء فيأثم بتاخير حقهم اما الحج فخالص حق الله وفي المنتقى عن ابي يوسف انه لا يأثم بتاخير الزكاة ويأثم بتاخير الحج لان الزكاة غير موقتة اما الحج فموقت كالصلاة فيما لا يدرك الوقت في المستقبل وموضعه اصول الفقه **وقوله** وليس على الصبي والمجنون زكاة هو المذكور بعيد لما ذكر **وقوله** هي غرامة مالية اي وجوب شيء مالي استحساناً لنفظ الغرامة للوجوب بيان حقيقة الغرامة هي ان يلتزم الانسان ما ليس عليه كانه يقول الزكاة واجب مالي كالمؤنة وما هو واجب مالي يجب عليه كنفقة الزوجات والعشر والخراج الا كا يجب عليه ونروي عنه الولي وهو قول ابن عمر وعائشة ولنا انها عبادة لان العبادة هي ما ياتي به العبد على خلاف هوى نفسه تعظيماً لامر ربه والزكاة كذلك وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم بني الاسلام على خمس الحديث وعد منها عبادة بالاتفاق فكذلك هي وكل ما هو عبادة لا يتادى الا بالاختيار تحقيقاً للابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل وهو قول علي وابن عباس فانه قيل الصلاة والصوم وانما على الصلاة تسقط من الصبي فاما ان تكون باختيار او غيره فان كان الاول فقد صح الزكاة بمثله من الاختيار وان كان

الثاني انتقض قولكم وكل ما هو عبادة لا بد فيها من الاختيار فالجواب انها انما تتم باختيار من هو اهله فلم يتصور الا ممن له
من الاختيار ولكنا عن ... بين ذلك اختيار يشتمل على ضرر العدم الوجوب عليه وهذا الاختيار يتصل بالفرد
فلا يمنع من مثل ذلك وقوله بخلاف الخراج عند قوله وصار كالعشر والخراج وقوله وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة
لما ان سبب وجوب العشر الارض النامية بالخارج باعتبار الارض وهو الاصل كانت المؤنة اصلا وباعتبار الخارج
وهو وصف الارض كان شبيها بالزكاة والوصف تابع للموصوف وكان معنى العبادة تابعا فان قيل سبب وجوب
الزكاة النصاب النامي والنصاب اصل والنماء وصف ومع ذلك لم يكن في الزكاة معنى المؤنة اصلا قلنا لان
المؤنة ما يحتاج اليه البقاء كالنفقة والزكاة ليست سببا لبقاء المال وتمامه مر في باب العشر وقوله ولو افاق
يعني المجنون في بعض السنة فهو بمنزلة الافاقة في بعض الشهر يعني اذا كان مفيقا في جزء من السنة اولها
او آخرها قل او كثر بعد ملك النصاب تلزمه الزكاة كما لو افاق في جزء من شهر رمضان في يوم او ليلة لزمه
صوم الشهر كله في قول محمد ورواية عن ابي يوسف ان السنة للزكاة بمنزلة الشهر للصوم والافاقة في جزء من
الشهر كالافاقة في جميعه في وجوب صوم جميع الشهر فكذا هنا وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الحول فان كان مفيقا
فيه فقد غلبت الصحة الجنون فصار كجنون ساعة فوجبت الزكاة وان كان مجنونا فيه كان كالمجنون في جميع
السنة ولا فرق بين الجنون الاصلي وهو ان يدرك مجنونا والعارضي وهو ان يدرك مفيقا ثم يجن في ظاهر الرواية
يعني اذا افاق في بعض السنة تجب الزكاة سواء كان الجنون اصليا او عارضيا لما ذكرنا وكذا على قول ابي يوسف
لان المعتبر عنده الافاقة في اكثر السنة من غير نظر الى الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة في الاصلي انه يعتبر
الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ لان التكليف لم يتوجه في هذه الحالة فصارت الافاقة بمنزلة بلوغ
الصبي ولنا اذا طرأ الجنون فان استمر سنة سقط لانها تستغرق مدة التكاليف في الصلاة والصوم والحج
وان كان اقل من ذلك لا يعتبر قال وليس على المكاتب زكاة وقد ذكرنا ان المكاتب ليس له ملك تام فلا تجب عليه
الزكاة ومن عليه دين محيط بماله وقوله مطالب من جهة العباد سواء كان لله كالزكاة او للعباد كالقرض وثمن
المبيع وضمان المتلف وارش الجراحة ومهر المرأة سواء كان من النقود او من غيرها وسواء كان حالا او مؤجلا
فلا زكاة عليه وقال الشافعي تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام فان المديون مالك لماله لان دين الحر
الصحيح في ذمته ولا تعلق له بماله ولهذا كان له التصرف فيه كيف شاء قلنا انه مشغول بحاجته الاصلية اي
معد لما يدفع الهلاك عنه تحقيقا او تقديرا لانه يحتاج اليه لاجل قضاء الدين دفعا للحبس والملازمة
عن نفسه وكما هو كذلك اعني معدوما كالماء المستحق بالعطش لنفسه او دابته وثياب المهنة وهذا اشارة
الى نقصان الملك فان لصاحب الدين ان ياخذه من غير رضاه لانه فكان ملكا ناقصا وقوله وان كان ماله اكثر
من دينه ظاهر واعلم ان المديون اذا كان له صنوف من الاموال المختلفة والدين مستغرق بعضها صرف اولا الى
النقود فان فضل عنه شيء صرف الى مال القنية فان كان له نصب من الابل والبقر والغنم يصرف الى اقلها زكاة حتى ان
في هذه المسألة يصرف الدين الى الابل او الغنم ولا يصرف الى البقر ثم المالك بالخيار ان شاء صرفه الى الغنم وان شاء الى
الابل لاتحاد الواجب فيهما والاصل في جنس هذه المسألة ما كان انفع للفقراء لا يصرف الدين اليه وقوله والمراد
دين له مطالب من جهة العباد وقوله حال بقاء النصاب وكذا بعد حصول الوجوب وصورته رجل له مائتا درهم فمضى عليهما حول
ليس عليه زكاة السنة الثانية لانه لحقه زكاة السنة الاولى صار ما تعلق به وجوب السنة الثانية ناقصا لانتقاص
النصاب بزكاة الاولى ولو حال الحول على المائتين فاستهلك النصاب ثم لم يؤد الزكاة ثم استفاد مائتي درهم وحال
الحول على المستفاد لا يجب عليه زكاة المستفاد لان وجوب زكاة النصاب الاول دين في ذمته بسبب الاستهلاك
فمنع وجوب الزكاة وقوله خلافا لزفر فيهما اي في النصاب الذي وجب فيه الزكاة وفي النصاب الذي وجب فيه
دين بسبب الاستهلاك فانه لم يجعل هذين الدينين مانعين عن الزكاة لانه لا مطالب له من جهة العباد فصار كدين

النذور والكفارة وقوله ولابي يوسف في الثاني اي في النصاب الذي وجب فيه دين الاستهلاك على ما روي عنه اي على
ما روي عنه اصحاب الاملاء وقوله لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك نوابه
دليلنا وهذا لان ظاهر قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة يثبت للامام حق الاخذ من كل مال وكذلك رسول الله صلى الله
عليه وسلم والخليفتان بعده كانوا يأخذون الى ان فوض عثمان رضي الله عنه في خلافته اداء الزكاة عن الاموال الباطنة الى ملاكها
لمصلحة وهي ان النقد مطمع كل طامع فكره ان يفتش السعاة على التجار مستور اموالهم ففوض الاداء اليهم وحق الاخذ للساعي
بحسب الثبوت في ذلك ايضا فانه اذا مر على العاشر كان له ان يأخذ منه الزكاة فيطالبه ويحبسه فلذلك منع وجوب الزكاة
وهذا فرق ابو يوسف بين دين الزكاة ودين الاستهلاك فان دين النصاب المستهلك لا مطالب له من جهة العباد
بخلاف النصاب القائم فانه يمكن ان يمر به على العاشر فيثبت له ولاية المطالبة وقوله لانها مشغولة بالحاجة
الاصلية وعدم النماء كل منهما مانع عن وجوبها وقد اجتمعا هاهنا اما كونها مشغولة فلانه لا بد له من دار يسكنها
وثياب يلبسها واما عدم النماء فلانه انما خلق النماء في الذهب والفضة او ما لاعداد التجارة والنماء ليس في هذه دون هذا وقوله
وكذا كتب العلم يعني لا تمنع وجوبها اذا لم يكن للتجارة سواء كانت مع اهلها او مع غير اهلها لعدم النماء وعلى هذا قوله
لاهلها غير مقيد وانما يفيد في المصرف فان اهل كتب العلم اذا كانت له كتب تساوي مائتي درهم فانه كان يحتاج
اليها للتدريس ونحوه جاز صرف الزكاة اليه وقوله والات المحترفين قيل يريد بها ما يستهلك عينه فلا يبقى
اثره في المعمول كالصابون والحرض وغيرها لكون الاجر حينئذ مقابلا بالمنفعة فلا يكون من مال التجارة واما ما يبقى
اثره فيه كما لو اشترى الصباغ عصفرا او زعفرانا للتصبغ للناس بالاجر وحال عليه الحول فانه تجب فيه الزكاة
اذا بلغ نصابا لان الماخوذ من الاجر عوضا بل العين وقوله لما قلنا يعني انها ليست بنامية قال ومن له على آخر
دين فجحده سنين لما فرغ من بيان من تجب عليه الزكاة ومن لا تجب شرع في بيان الاموال التي لا تجب فيها وهي مال
ضمار وهو الغائب الذي لا يرجى فاذا رجي فليس بضمار وكذا نقل المطرزي عن ابي عبيد واصله من الاضمار وهو التغيب والاخفاء
ومنه اضمر في قلبه وقالوا الضمار ما يكون عينه قائما ولا ينتفع به كالدين المجحود والمال المفقود والعبد الآبق والمغصوب
اذا لم يكن عليه بينة وقوله معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس انما قيد بذلك احترازا عن مسالة تاتي بعد هذا
وهو قوله وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة وقوله والمدفون في المفازة احترازا عن المدفون في ارض له او كرم او بيت
على ما يجيء وقوله لهما اي لزفر والشافعي ان السبب قد تحقق والمانع منتف وكل ما كان كذلك تحقق لا محالة اما تحقق السبب
فلانه ملك نصابا ناميا على ما مر واما انتفاء المانع فلانه لو كان ثمة مانع لكان فوات اليد وهو لا يخل بالوجوب كما لابن
السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكاة في المال الضمار وقوله ولان السبب الى آخره دليل يتضمن الممانعة بان يقال
لا نسلم ان السبب هو المال النامي وهو غير متحقق لان النماء انما يكون بالقدرة على التصرف ولا قدرة على المال الضمار
وقوله وابن السبيل يقدر بنائبه جواب عن قولهما كابن السبيل وتقريره سلمنا ان السبب متحقق لكن لا نسلم ان
المانع منتف قوله وفوات اليد مخل بالوجوب قلنا ممنوع قوله كما لابن السبيل قلنا قياس فاسد لان ابن السبيل قادر
على التصرف بنائبه ولهذا لو باع شيئا من ماله جاز لقدرته على التسليم بنائبه وقوله والمدفون في البيت نصاب اي
موجب لوجوب الزكاة لتيسر الوصول اليه لكون البيت بجميع اجزائه محل الحفظ فيصل اليه وفي المدفون في ارض
مملوكة او كرم اختلاف مشايخنا قيل تجب لامكان حفر جميع الارض والوصول اليه وقيل لا تجب لان حفر
جميعها ان لم يكن متعذرا فانه متعسر والحرج مدفوع ولو كان الدين على مقر مليء او معسر تجب الزكاة
لامكان الوصول اليه ابتداء اي في المليء او بواسطة التحصيل يعني في المعسر وكان من قبيل اللف والنشر على السابق
وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا يعني من امكان الوصول اليه قال الامام فخر
الاسلام ولو كانت له بينة عادلة وجبت الزكاة فيما مضى وان كان يعلم ان له بينة اذ ليس كل شاهد يعدل
ولا كل قاض يعدل وفي المجاثاة للخصومة بين يدي القاضي ذل والبينة بدون القضاء لا تكون موجبة شيئا فلا اقل
الخصومة

لانه يوجب الحق بنفسه بخلاف ما اذا كان معلوما للقاضي لان صاحب الدين هناك لا يحتاج الى الخصومة لان القاضي يلزمه بعلمه **وقوله** ولو كان المعتبر مفلس بفتح اللام المشددة فهو نصاب اي موجب للزكاة عند ابي حنيفة رحمه الله لان تفليس القاضي لا يصح عنده لان المال غاد ورائح وكان دين كعدمه ولو لم يفلسه وجبت عليه بالاتفاق لامكان الوصول بواسطة التحصيل كما مر فكذا بعد التفليس وعند محمد لا تجب عليه لتحقق الافلاس بالتفليس وجعل المال عنده بمنزلة المال التاوي والجحود وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس حتى تسقط المطالبة الى وقت اليسار ومع ابي حنيفة في حكم الزكاة فيجب لما مضى اذا قبض عند عملا بالدليلين **وقوله** ومن اشترى جارية للتجارة فاعلم ان حاصله ان النية اذا قرنت بالعمل وجب اعتبارها واذا تجردت عن العمل لا تعتبر فيما يتعلق ثبوته بالجوارح والتجارة عمل الجوارح فلا يحصل بمجرد النية لانها تصلح لترك العمل دون اثباته **وقوله** وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة مبناه ما تقدم فانه اذا اشترى ونوى قرنت نية العمل واذا ورث ونوى تجردت النية عن العمل لان الميراث يدخل في ملكه بغير عمله وصنعه حتى ان الجنين يرث وان لم يكن منه فعل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او بنحوهما ذكر في الكتاب ونوى التجارة كان للتجارة عند ابي يوسف لاقترانها بالعمل وهو القبول وعند محمد لا يكون للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة لان هذه العقود ليست بتجارة وحاصله ان ما يدخل في ملك الرجل على نوعين نوع يدخل بغير صنعه كالارث ونوع يدخل بصنعه وهو ايضا على نوعين بدل مالي كالبيع والاجارة وغيره كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد وغير بدل كالهبة والصدقة والوصية فالذي يدخل بغير صنعه لا تعتبر فيه نية التجارة بمجردها بالاتفاق والذي يدخل ببدل مالي يعتبر فيه النية بالاتفاق والذي يدخل بغير بدل فقد اختلف فيه على ما ذكرنا [illegible]

[illegible]

باب صدقة السوائم

ذكر في المبسوط ان محمدا رحمه الله بدأ في كتاب الزكاة بزكاة المواشي اقتداء بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الصدقة واراد بها الزكاة اقتداء بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين والسوائم جمع سائمة من سامت الماشية اي رعت سوما واسامها صاحبها اسامة

فصل في الابل

بدأ بصدقة السوائم بفصل الابل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب لابي بكر رضي الله عنه هكذا والذود من الابل من الثلث الى العشر وهي مؤنثة لا واحد لها من لفظها واضافة خمس الى ذود كاضافة في قوله تسعة رهط في كونها اضافة العدد الى مميزه الذي هو معنى الجمع كانه قال تسعة انفس فان قيل الاصل في الزكاة ان تجب في كل نوع منه فكيف وجبت الشاة في الابل قلت بالنص على خلاف القياس ولان الواحد من خمس عشر والاجزاء في العشر في ايجاب الشقص عيب الشركة فاوجبت الشاة لانها تقرب من ربع عشر الابل لانها كانت تقوم بثمانية دراهم وبنت مخاض باربعين [illegible] **وقوله** فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض على هذا اتفقت الاثار واجمع العلماء الا ما روي شاذا عن علي رضي الله عنه انه قال في خمس وعشرين خمس شياه وفي ست وعشرين ابنة مخاض قال سفيان الثوري هذا غلط وقع من رجال علي رضي الله عنه فانه افقه من ان يقول هكذا لان في هذا موالاة بين الواجبين لا وقص بينهما وهو خلاف اصول الزكوات فان مبناها على ان الوقص يتلو الوجوب **وقوله** وهي التي طعنت اي دخلت في الثانية وانما سميت بنت مخاض لمعنى في امها لان امها صارت مخاضا باخرى اي حاملا وكذلك سميت بنت لبون لمعنى في امها فانها لبون بولادة اخرى وسميت حقة لمعنى فيها وهو انها حق لها ان تركب ويحمل عليها [illegible]

[illegible]

ويجوز كونها عشرة او ٢٢

[illegible]

الشافعي رحمه الله اذا زادت على مائة وعشرين ففيها ثلاث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة واستدل على ذلك بما روي انه كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون ولم يشترط عودها الى ما دونها يعني من عراه يوجب في خمس وعشرين بنت مخاض ومن عراه يوجب في الخمس شاة ولنا حديث قيس بن سعد رضي الله عنه قال قلت لابي بكر محمد بن عمرو بن حزم اخرج لي كتاب الصدقات الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فاخرج كتابا في ورقة وفيه فاذا زادت الابل على مائة وعشرين استونفت الفريضة فما كان اقل من خمس وعشرين ففيها الغنم في كل خمس ذود شاة فيعمل بالزيادة اذ ليس في حديثهم ما ينفي ذلك وتقدم العمل بحديثهم فيما اذا اوجبنا في الاربعين بنت لبون فان الواجب في الاربعين هو الواجب في ست وثلاثين وذلك اوجبنا في خمسين حقة وقوله والبخت والعراب سواء البخت جمع بختي وهو المتولد بين العربي والعجمي منسوب الى بخت نصر والعراب جمع عربي ولهذا كان ناسخا لان اسم الابل المذكور في الحديث يتناولهما واختلافهما في الصفة لا يخرجهما من النوع

فصل في البقر

قدم فصل البقر على الغنم لتناسبهما ضخامة وقيمة وهو مشتق من بقر اذا شق وسمي البقر بقرا لانه يشق الارض وقوله خلافا لما في التاني لان الاربعين نصاب زكاة البقر على ما ذكر في الكتاب واختلفت الرواية فيما زاد على الاربعين على ما يذكر والتبيع ما تم له سنة والمسن منه ومن الشاة ما تمت له سنتان وانما خرج من الذكر والانثى لان الانوثة في البقر لا تعد فضلا كما تقدم وقوله لما ذكرنا اي بما ذكرنا من التبيع والتبيعة في الثلاثين والمسن والمسنة في اربعين امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا رضي الله عنه فاذا زادت على الاربعين فقد روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه ثلاث روايات فهي رواية الاصل يجب في الزيادة بقدر ذلك الى ستين ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الثنتين نصف عشر مسنة وفي رواية الحسن عنه لا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع وفي رواية اسد بن عمرو وهو قول ابي يوسف ومحمد رضي الله عنهما لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وجه الاولى ان العفو فيما بين الثلاثين والاربعين وبين الستين وما فوقها ثبت نصا على خلاف القياس لما فيه من اخلاء المال عن الواجب مع قيام المقتضي وهو اطلاق قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة وقيام الاهلية ولا نص هنا فاوجبنا بحسابه وتحقيقه التقسيم ان كان لا يخلو من ان يكون الزكاة مرتين تعذر الخلاء عن الواجب ووجه رواية الحسن ان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب بدليل ما قبل الاربعين وبعد الستين فيكون بين الاربعين والستين كذلك لكن تحريا في اعطاء ربع مسنة او ثلث تبيع لان الزيادة على الاربعين عشرة وهي ثلث ثلاثين وربع اربعين فتخير بينهما ووجه رواية اسد وهو قولهما قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل رضي الله عنه لا تاخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين والاوقاص جمع وقص بفتح القاف وهو ما بين الفريضتين قلنا قد قيل ان المراد بها الصغار يعني ان المراد بالاوقاص العجاجيل ونحن نقول بذلك وقوله ثم في الستين تبيعان الى الاخر ظاهر لا يحتاج الى شرح

فصل في الغنم

قدم فصل زكاة الغنم على الخيل اما الاول لحاجة الى بيانه لقضية الترتيب ولما الثاني متفق عليه والغنم اسم جنس

يقع على الذكر والانثى وما في الكتاب ظاهر الا في كلمات نذكرها وقوله والضان والمعز سواء يعني في تكميل النصاب لا في اداء الواجب لما سنذكر ان الجذع من المعز لا يجوز وقوله لان النص ورد به يعني ما كتب في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في اربعين من الغنم شاة الحديث وقوله والجذع ما اتى عليه اكثرها روي عن ابي علي الدقاق انه ما طعن في الشهر التاسع وعن ابي عبد الله الزعفراني انه ما طعن في الشهر الثامن وذكر في شرح الاقطع قال الفقهاء ان الجذع من الغنم ما تمت له ستة اشهر هذا تفسير علماء الفقه وعن الازهري الجذع من المعز لسنة ومن الضان لثمانية اشهر والثني الذي تمت له سنة وهو من الابل ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة ومن الغنم والبقر ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة وهو في كلها بعد الجذع وقبل الرباعي وهذا تفسير اهل اللغة وقوله وعن ابي حنيفة وهو قولهما يريد به ما روى الحسن عنه وقوله ولانه يتادى به الاضحية فكذا الزكاة يعني ان باب الاضحية اضيق الا ترى ان التضحية بالتبيع والتبيعة لا يجوز ونحن اخذناها في الزكاة فاذا كان الجذع من المعز يجوز في الاضحية ففي الزكاة اولى وقوله وجواز التضحية عرف نصا يعني عن قوله ولانه يتادى به الاضحية يعني ان جواز التضحية بالجذع عرف بنص خاص في التضحية وهو قوله صلى الله عليه وسلم نعمت الاضحية الجذع من الضان فلا يتعدى الى الزكاة ليست في معناها اذ المقصود بها اراقة الدم والجذع يقارب الثني في ذلك ولا كذلك الزكاة فلا يلحق بالاضحية

فصل في الخيل

وجه تاخيره عن فصل الغنم قد تقدم وكلامه واضح وقوله هو المنقول اي قال انما رويناه بذلك الغازي هو المنقول عن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال صدق الحادثة وقعت في زمن مروان فشاور الصحابة رضي الله عنهم فروى ابو هريرة رضي الله عنه ليس على الرجل في عبده ولا في فرسه صدقة فقال مروان لزيد بن ثابت ما تقول يا ابا سعيد فقال ابو هريرة عجبا من مروان احدثه بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقول ما تقول يا ابا سعيد فقال زيد صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما اراد به فرس الغازي فاما ما يطلب نسلها ففيها الصدقة فقال كم فقال في كل فرس دينار او عشرة دراهم والتخيير بين الدينار والتقويم ماثور عن عمر رضي الله عنه فانه كتب الى ابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه يامره ان ياخذ من الخيل السائمة عن كل فرس دينارا او عشرة دراهم وقيل كان ذلك في خيل العرب لتقاربها في القيمة فاما في زماننا فتقوم لا غير وقيل لو وجبت الزكاة لكان للامام اخذها جبرا ولو وجبت منعينها كما في سائر السوائم وليس كذلك بالاجماع اجيب بانه لم يثبت له ذلك لان الخيل مطمع لكل طامع فيفضي على صاحبه التعدي بالاخذ وليس تعيينها لان مقصود النفع لا يحصل به لكونها غير ماكول اللحم عنده وقوله وليس في ذكورها منفردة زكاة لانها لا تتناسل اشتشكل بذكور الابل والبقر والغنم منفردات فانها لا تتناسل وتجب فيها الزكاة واجيب بان النماء شرط وجوب الزكاة لا محالة وهو في الخيل بالتناسل لا غير ولا تناسل في ذكور الخيل منفردة واما غيرها فالنماء فيه كما يكون بالتناسل يكون باللحم والوبر فتجب فيه الزكاة قال قيل فما وجه الرواية التي تجب فيها في الذكور المنفردة ايضا ولا نسل لها على ما ذكر قيل اجيب بان وجهها ان الاناث جعلتها نظير سائر انواع السائمة فان السوم غنت المؤنة على صاحبه وبه يصير مال الزكاة فكانت كالاناث وقوله لانه لم ينزل علي فيها شيء روى انه صلى الله عليه وسلم سئل عن الحمر فقال لم ينزل علي فيها الا هذه الاية الجامعة فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره

فصل

قال صاحب النهاية وجدت في هذا الموضع مكتوبا بخط شيخي رحمه الله وجه مناسبة ايراد هذه المسئلة ههنا هو انه لما فرغ عن بيان حكم الكبار من السوائم شرع في بيان حكم الصغار لانها ليس بفصل منفصل في ذلك بل فرع عن ذلك فكانه الفصل منها كما نبه الشيخ في آخر الابواب والفصلان جمع الفصيل ولد الناقة قبل فصل الرضيع عن امه والحملان جمع الحمل وقيل

بكثرها ايضا حجر الحملان وبنات المخاض من الابل والعجاجيل والفصلان وكذا الفصلان في السنة الاولى
والعجاجيل جمع عجول من اولاد البقر حتى تصنعه امه الى شهر كذا في المغرب قيل في صورة المسئلة ان يشترى خمسة وعشرين
من الفصلان او ثلاثين من العجاجيل او اربعين من الحملان او وهب له ذلك هل ينعقد عليها الحول من حين
ما ملكها فوجبت الزكاة وقيل صورتها اذا كان له نصاب سائمة فمضى عليه ستة اشهر فتوالدت مثل عددها ثم
هلكت الاصول وبقيت الاولاد هل يبقى حول الاصول على الاولاد وعندها لا يبقى وعند الباقين يبقى وذكر الطحاوي
في اختلاف العلماء عن ابي يوسف انه قال دخلت على ابي حنيفة فقلت ما تقول فيمن ملك اربعين حملا فقال فيها شاة مسنة
فقلت ربما ياتي قيمة الشاة على اكثرها او جميعها فتامل ساعة ثم قال لا ولكن يؤخذ واحدة منها فقلت او يؤخذ الحمل في
الزكاة فتامل ساعة ثم قال لا اذا لا يجب فيها شيء فاخذ بقوله الاول زفر وبقوله الثاني ابو يوسف وبقوله الثالث محمد
وعد هذا من مناقبه حيث تكلم في مسئلة في مجلس بثلاثة اقاويل فلم يضع شيء منها وجه قوله الاول وهو قول زفر ان الاسم المذكور
في الخطاب يعني قوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل السائمة شاة يتنظم الصغار والكبار لكونه اسم جنس كاسم
الادمي ولهذا لو حلف لا ياكل لحم ابل فاكل لحم الفصيل حنث وجه قوله الثاني انا لو اوجبنا فيها ما يجب في المسان
وهو لا يوجد فيها كان اضرارا لصاحب المال وهو يقتضي عدم الوجوب ولو لم يجب شيء كان اضرارا بالفقراء لان
الصغار نصاب فان الكبار تكمل بها نصابا وكل ما هو كذلك كان نصابا بنفسه كالمهازيل وعكسه الحملان فلا يكمل بها
نصاب فلا يكون في نفسها نصابا فاوجبنا واحدة منها كما في المهازيل فانا لا نوجب فيها السمين وانما نوجب واحدة منها
وهذا معنى قوله لتحقق النظر من الجانبين ووجه قوله الاخر ما قاله ان المقادير لا يدخلها القياس الى اخره وتقريره
ان ايجاب ما ورد به الشرع ههنا ممتنع اصلا لانه لو اوجبناه كان بالقياس والمقادير لا تدخلها القياس والنص يستحق
منه الجواب ان ابي يوسف فانه قاس على المهازيل وهو فاسد لان المهازيل يوجد فيها ما ورد به الشرع من الاسنان ولو
كان فيها واحد من المسان الى اخره يعني اذا كان في الحملان كبار جعلت الصغار تبعا لها في انعقادها نصابا و
يؤدي الزكاة بالصغار بل تدفع لها من الكبار ان كان على عدد الواجب بيانه اذا كان له مسنتان ومائة وتسعة
عشر حملا يجب فيها مسنتان وان كانت له مسنة وحمل وعلى هذا القياس فصل الابل والبقر والاصل في ذلك ما قال عمر
رضي الله عنه عد عليهم السخلة ولو جاء بها الراعي يحملها على كتفه ولا تاخذها منهم فعد نهى عن اخذ الصغار عند الاختلاط
وقوله ثم عند ابي يوسف الى اخره يعني ان الروايات عن ابي يوسف اختلفت في الفصلان روى محمد عنه انه
لا يجب فيها الزكاة حتى يبلغ عددا لو كانت كبارا الوجب فيها واحدة منها وذلك بان يبلغ خمسة وعشرين ثم لا شيء في
الزيادة حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا يجب اثنان وذلك بان يبلغ ستة وسبعين فيجب فيها اثنان
ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا تلك الواجبات تبلغ مائة وخمسة واربعين فيجب منها ثلاث ثم لا يجب فيما
دون خمسة وعشرين ووجه هذه الاحاديث ان الواجب كان يتعين بالنص باعتبار العدد والسن وقد تعذر السن في الفصلان
فبقي العدد معتبرا قال الحلواني هو غير صحيح فان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب في خمس وعشرين واحدة في مال
قبله اربعة نصب واوجب في ست وسبعين في موضع اعتبر الا انه نصب بينهما وبين خمس وعشرين وفي المال الذي
لا يمكن اعتبار هذه النصب لم يوجبنا كان بالراي لا بالنص وروى ابن سماعة انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر
خمسا فصيل هكذا الى خمس وعشرين ووجهه انه ينظر في الخمس الى قيمة خمس فصيل والى قيمة شاة فيجب الاقل وفي
العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل فيجب الاقل ومن قيمة ثلاث شياه ومن قيمة ثلاثة اخماس
فصيل وفي العشرين يجب الاقل من اربع شياه ومن اربعة اخماس فصيل وفي الخمس والعشرين يجب واحدة منها
وهذا معنى قوله على هذا الاعتبار ووجه هذه الرواية ان الاقل متيقن فيتعين قال ومن وجب عليه سن
السن هي المعروفة لم يسم بها صاحبها كالناب للمسنة من النوق ثم استعير لغيره كابن المخاض وابن اللبون وذكر

السن واراد ذات السن انما تكون في الحيوان لا في الانسان لان عمر الدواب يعرف بالسن قوله ومن وجب عليه
سن صورة المسئلة رجل وجب عليه بنت لبون فلم يوجد عنده ياخذ المصدق الحقة ويرد الفضل او وجب عليه
الحقة فلم يوجد ياخذ بنت اللبون وياخذ الفضل قال في النهاية ظاهر ما ذكره في الكتاب يدل على ان الخيار للمصدق
وهو الذي ياخذ الصدقات ولكن الصواب ان الخيار لمن عليه لان الخيار شرع رفقا لمن عليه الواجب والرفق انما
يتحقق بتخييره فكانه اراد به اذا استقصى من عليه اذا لقي مر من حال المالك استحسان ما هو الارفق بالفعل وقيل
ظاهر ما ذكر في الكتاب لا يدل على ذلك فانما يدل على ان الخيار في الوجه الاول للمصدق حيث قال الا ان لا ياخذ
بعين الواجب وبعينه لانه شراء وفي الوجه الثاني لمن عليه حيث قال يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة
ولا يعد ان يكون الخيار المنصف التفصيل بناء على ما ذكر من الدليل هذا ان اراد بالكتاب الهداية وان اراد به
القدوري فالظاهر منه ليس مرادا كما استدل عليه المصنف في قوله وفي الفضل اشارة الى نفي مذهب الشافعي
وهو ان يجبر بما بين السنين عنده مقدر بشاتين او عشرين درهما لقوله صلى الله عليه وسلم من وجب عليه في ابله
بنت لبون فلم يجد المصدق الا حقة اخذها ورد شاتين او عشرين درهما ان استيسرتا عليه وان لم يجد الا
ابنة مخاض اخذها واخذ شاتين او عشرين درهما ان استيسرتا عليه وعندنا ذلك بحسب الغلاء والرخص وانما قال
صلى الله عليه وسلم ذلك لانه تفاوت ما بين السنين في زمانه كان ذلك القدر لا انه تقدير شرعي كيف وذلك
ربما يؤدي الى الاضرار بالفقراء والاجحاف بارباب الاموال لانه اذا اخذ الحقة ورد شاتين ربما يكون قيمتها
قيمة الحقة فيصير تاركا للزكاة معنى وهو اضرار بالفقراء واذا اخذ بنت مخاض وشاتين فقد يكون قيمتها
قيمة بنت اللبون فيكون اخذ الزكاة منهما وابنة المخاض تكون زيادة وفيه اجحاف بارباب الاموال قوله ويجوز دفع
القيم في الزكاة واداء القيمة مكان المنصوص عليه في الزكوات والصدقات والعشور والكفارات جائز عندنا
ان القيمة بدل عن الواجب لان المصير الى البدل انما يجوز عند عدم الاصل واداء القيمة مع وجود عين المنصوص
عليه في ملكه جائز فكان الواجب عندنا احدهما اما العين او القيمة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز اتباعا
للمنصوص وهو قوله صلى الله عليه وسلم في اربعين شاة شاة كما في الهدايا والضحايا وقوله ايصالا للرزق
الموعود مفعول له وجزاؤه محذوف اي ثابت او نحوه وروي ايصالا فهو جزاء تعالى الشيخ اولى تقريره
لان الله تعالى امر باداء الزكاة في الفقراء لقوله تعالى آتوا الزكاة لايصال الرزق الموعود بقوله تعالى وما من دابة
في الارض الا على الله رزقها اليه ثابت في الواقع ولا مرد له ينطل تعيين الشاة فالثابت في الواقع يبطل
تعيين الشاة اما ثبوت ذلك في الواقع فلان الله تعالى وعد رزقهم ثم امرهم بايتاء او وجب عليهم ايصال الوعد
كما قلت عليه الاتيان واما ان الامر يبطل تعيين الشاة فلان المامور به قربة والتبيه ووجه القربة
في الزكاة سد خلة المحتاج ومعنى مع كثرتها واختلافها لا يتسع بعين الشاة فكان اذنا بالاستبدال على طريق
في الاصول فيما في ذلك ابطال قيد الشاة فيحصل به الرزق الموعود وعلى الثانية الامر باداء الى الفقر
ايصال للرزق الموعود اليه وايصال ذلك اليه ربط التعين بالشاة لان الرزق لم ينحصر في اكل اللحم فكان
اذنا بالاستبدال الى اخره وكان هذا الحكمة في اتحاد وجب لكفاية المقاتلة ونحن نجيز دفع القيمة بالارجاع
بخلاف الهدايا والضحايا فان القربة فيها اراقة الدم حتى لو هلك بعد الذبح قبل التصدق به لم يلزمه شيء وهي
ليست بمتقومة ولا معقول المعنى قال وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة العلوفة بالفتح ما يعلف
من الغنم وغيرها الواحد والجمع من علف الدابة اطعمها العلف والعلوفة بالضم جمع علف قوله له ظواهر النصوص
يعني قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة وقوله صلى الله عليه وسلم خذ من الابل الابل ومن الغنم في اربعين شاة شاة
وغير ذلك مما فيه كثرة ولنا حديث علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس في الابل الحوامل صدقة
وحديث ابن عباس رضي الله عنهما عنه صلى الله عليه وسلم في البقر الحوامل صدقة وحديث جابر عن النبي صلى الله

عليه وسلم ليس في البقر المثيرة صدقة فمذهب علي وجابر بن زيد وابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم ولان السبب هو
المال النامي وهذه الاموال ليست بنامية لان دليل النماء الاسامة او الاعداد للتجارة والفرض عدمهما واذا انتفى
السبب انتفى الحكم **وقوله** ولان في العلوفة اي لان السبب هو المال النامي ولا نماء في هذه الاموال لان المؤنة تتراكم
فيها فينعدم النماء معنى وفيه بحث من وجهين احدهما انكم ابطلتم اطلاق الكتاب بخبر الواحد وهو لا يجوز عندكم
لكونه نسخا وحملتم المطلق في الاخبار على المقيد وهو ايضا لا يجوز عندكم والثاني ان دليل النماء الاسامة او الاعداد
للتجارة كما ذكرتم وتراكم المؤنة لا يبطل النماء بالاعداد للتجارة فان من اشترى خمسا من الابل بنية التجارة وعلفها
جميع السنة وجبت عليه الزكاة في آخر السنة فما باله ابطل النماء بالاسامة والجواب عن الاول ان الاطلاق ليس
على ظاهره بالاجماع لانه مطلق عن حولان الحول وبحث الآية وكانت الآية لبيان وجوب الاخذ وهي فيها على
مجمل لحق الاختلاف بيانا لذلك فلم نحمل المطلق على المقيد وانما جعلنا المقيد [illegible]
الاطلاق لكونه عدما فلو قدمنا المقيد نسخ الاطلاق ثم المطلق ينسخه فعكسناه دفعا لذلك وعن الثاني بان الاسامة
والعلف متضادان فاذا وجد العلف انتفت الاسامة ولا كذلك التجارة فان السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو
علفها نصف الحول او اكثر كانت علوفة لان القليل تابع للاكثر لان اصحاب السوائم لا يجدون بدا من
ان يعلفوا سوائمهم في وقت البرد والثلج في البلاد الباردة وايام الصيف فلانه وقع الشك في ثبوت سبب الايجاب
فلا يجب ولا يرجح جهة الوجوب على جهة العلف لان الترجيح انما يكون بعد ثبوت السبب قال في النهاية ثم هذا الذي ذكره
من الاسامة في حق ايجاب زكاة السوائم انما يعتبر ان لو كانت الاسامة للدر والنسل والتسمين واما الاسامة للتجارة
فلا تجب فيها زكاة السائمة وكذلك في الاسامة للحمل والركوب **وقوله** ولا يأخذ المصدق خيار المال الطاهر **وقوله** من حرزات
اموال الناس الحرزات بالحاء المهملة والفتحتين جمع حرزة بالتسكين وهي خيار المال والكافة صغار الابل وكرائمها
وذكر في المغرب [illegible] من غير اختيار وهي في الاصل جمع حاشية
الثوب وغيره جانبه وتفسير المصنف بقوله ان او وسطها عرف ذلك وهو الحق لقوله ولان فيه نظرا من الجانبين
قال ومن كان له نصاب للمستفاد كلمص بين من جنس الاصل وهو خلاف جنسه والثاني لا ينضم بالاتفاق
كما اذا كان له ابل فاستفاد في اثناء الحول بقرا او غنما فانه يستأنف له حول بذاته والاول لا يخلو من ان يكون حاصلا
بسبب الاصل كالاولاد والارباح او بسبب مقصود وان كان الاول انضم بالاجماع وان كان الثاني مثل ان يكون بعقد
ظاهر مما تجب فيه الزكاة من سائمة فاستفاد من ذلك الجنس من خلال الحول بشرى او هبة او ميراث ضمها
وزكى كلها عند تمام الحول عندنا وقال الشافعي يستأنف له حول جديد من حين ملكه فاذا تم الحول وجبت
فيه الزكاة نصابا كان او لم يكن له انما الملك في حق المالك حصوله بسبب غير سبب الاصل وكل ما كان كذلك كان
اصلا في الوظيفة كالمستفاد من خلاف الجنس بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة للملك حتى ملكت بملك الاصل
دون سبب مقصود ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندهما يعني المجانسة يتعسر التمييز
المستفاد مما يكثر وجوده لكثرة اسبابه فيتعسر اعتبار الحول لكل مستفاد لان مراعاته فيها يمكن بعد ضبط كميته
وكيفيته وزمان تجدده وفي ذلك حرج جدا اذا كان النصاب دراهم وهو صاحب غلة يستغل كل يوم درهما
ودرهمين والحول ما شرط الا تيسيرا فلو شرطنا الحول جديدا لعاد على موضعه بالنقض واذا ثبت ان علة الضم في
الاولاد والارباح المجانسة وهي موجودة في محل النزاع وجب القول بثبوت الحكم فيه فان قيل قد روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول فعلى تقدير الضم تجب الزكاة بلا حول اجيب
بانا ما اسقطنا الحول وانما جعلنا حول الحول على الاصل حولا على المستفاد وتبعه انما يعارض بان الحكم في
الاولاد والارباح بطريق السراية فلا يثبت الحكم في محل النزاع قلنا ممنوع فان هذا الحكم لم يثبت في الامهات والاولاد
فان من كانت له مائة وعشرون شاة فتوالدت واحدة قبل الحول ثم تم الحول وجبت عليه شاتان فكان الواجب على

الام

الام وعندنا بسبب الولد فتبين انه لم يكن بطريق السراية **قوله** والزكاة عند ابي حنيفة صورته ظاهرة فان من
كان له تسع من الابل حال عليها الحول فهلك منها اربعة تخلفت في الباقي شاة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد وزفر عليه خمسة اتساع شاة وكذلك الدليل من الجانبين **وقوله** ولان العفو يعني ان العفو
لا يثبت الا بعد وجود النصاب فكان تابعا وكل مال اشتمل على اصل وتبع ثم هلك منه شيء صرف الهلاك الى
التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح فهلك منه شيء فانه يصرف الى الربح دون راس المال لانه تابع
وقوله ولهذا اي ولكون الهلاك ينصرف الى التبع قال ابو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير
الى ان ينتهي وبيان ذلك ما اذا كان لرجل اربعون من الابل فهلكت منها عشرون ففي الباقي اربع شياه عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف يجب فيها عشرون جزءا من ستة وثلاثين جزءا من ابنة لبون وقال محمد نصف بنت لبون
مع علمه ان الواجب متعلق بالكل فاذا هلك النصف سقط نصف الواجب ولابي يوسف ان الاربع عفو والواجب
في ستة وثلاثين فيسقط الواجب بقدر الباقي ولابي حنيفة ان الهالك يصرف الى العفو اولا ثم الى ما يليه من فضل
انه تابع والنصاب الاول هو الاصل الا ترى انه لو عجل الزكاة عن نصب كثيرة وفي ملكه نصاب واحد جاز وقلت
ان النصاب الاول هو الاصل وما زاد كالتابع فاذا هلك شيء صرف الهلاك الى ما هو التابع فيجب زكاة العشرين
وذلك اربع شياه **قوله** واذا اخذ الخوارج الخراج الخوارج قوم من المسلمين خرجوا عن طاعة الامام الحق بتحليل
قتل العادل وماله بتأويل القرآن وذلك ان قالوا من اذنب صغيرة او كبيرة فقد كفر وحل قتله الا ان يتوب
وتمسكوا بظاهر قوله تعالى ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدا فيها فاذا ظهر اهل العدل على بلد فيها اهل
البغي فاخذوا الخراج وصدقة السوائم لم ياخذها الامام ثانيا اي لا يطالبهم بها لان الامام لم يحمهم
والجباية بالحماية كتب عمر رضي الله عنه الى عامله ان كنت لا تحميهم فلا تجبهم اي لا تجبي الخراج جباية اذ اجمعه **وقوله**
بان يعيدوها يعني الصدقة دون الخراج وهو احتياط لما ذكر لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة
اذا ظهر عدو ذا حراسة واما الصدقات فمصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع
التصدق عليهم سقط وهو المحكي عن الفقيه ابي جعفر وكذا الدفع الى كل جائر قال في الجامع الصغير لقاضي خان
وكذلك السلطان اذا صادر رجلا واخذ منه اموالا فنوى صاحب المال الزكاة عند الدفع سقطت عنه الزكاة
لانهم بما عليهم من التبعات فقراء لانهم اذا ردوا ما لهم الى من اخذوه منهم لم يبق معهم شيء التبعات الحقوق
التي عليهم كالديون والغصوب والتبعة ما اتبع به **قوله** والاول احوط اي الافتاء باعادة صدقة السوائم
والعشر احوط لان في ذلك خروجا عن عهدة الزكاة بيقين قيل كان في قوله وصدقة السوائم اشارة الى
ما نقل التمرتاشي عن الشهيد ان هذا في صدقات الاموال الظاهرة اما اذا صادر السلطان ونوى هو اداء
الزكاة فعلى قول طائفة يجوز والصحيح انه لا يجوز لانه ليس للطالب ولاية اخذ زكاة الاموال الباطنة والظاهر
من كلام المصنف العموم في الاموال الباطنة والظاهرة **وقوله** وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته شيء بنو تغلب
قوم من النصارى من العرب كانوا بقرب الروم فلما اراد عمر رضي الله عنه ان يوظف عليهم الجزية ابوا وقالوا نحن
من العرب نانف من اداء الجزية فان وظفت علينا الجزية لحقنا باعدائك من الروم وان رأيت ان تاخذ منا ما
ياخذ بعضكم من بعض وتضعفه علينا فعلنا فشاور عمر الصحابة رضي الله عنهم في ذلك وكان الذي يحثه عليه
كردوس التغلبي قال يا امير المؤمنين صالحهم فانك ان تناجزهم لم تطقهم فصالحهم عمر رضي الله عنه على ذلك
وقال هذه جزية سموها ما شئتم فوقع الصلح على ان يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين ولم يتعرض لهذا
الصلح بعد عثمان رضي الله عنه ولا احد من الائمة فما في الكتاب ظاهر وهو ظاهر الرواية وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه لا يؤخذ من نسائهم لانه بدل الصلح والرجال والنساء فيه سواء لانهم صالحوا على ان تضعف عليهم
ما يؤخذ من المسلمين والصدقة تؤخذ من المسلمات دون الصبيان فكذا في حقهم **قال** واذا هلك المال بعد وجوب الزكاة

اي تراكم المؤنة ابطل النماء بالاسامة

قوله عن حولان الحول اقول وعن اعتبار النصاب ايضا سعدي افندي

قوله فلم نحمل المطلق على المقيد اقول بل اذا قدم والمقيد سلب لا يدفع العدم الاصلي فتأمل سعدي افندي

قوله فان الاصل هو الاطلاق اقول يكون عدما [illegible] سعدي افندي

لا يثبت الحكم بالشك فلا يجب

سقطتا

قوله والاول احوط اقول [illegible] سعدي افندي

من المسلمين

الكتاب صح

وجه الظاهر ان [illegible] لانه بدل الجزية ولا جزية على النساء

نقلت عندنا وقال الشافعي رحمه الله انه يضمن بعد التمكن من الاداء لم يسقط والتمكن منه في الاموال الباطنة بالظفر بالمال
المستحق وفي الظاهرة بالظفر بالساعي في احد القولين لان الواجب تقرر في الذمة بحصول الوسع على الاداء وكل
تقرر عليه الواجب لا يسقط عنه بالعجز عن الاداء كما في صدقة الفطر والحج وديون العباد وهذا بناء على ان الزكاة عنده
تجب في الذمة وعندنا في العين **وقوله** ولانه منعه بعد الطلب دليل اخر وهذا لان الزكاة حق الله وقد طلب
بالخطاب فاذا تمكن من الاداء ولم يؤد كان الهلاك منها بعد الطلب والمنع بعد طلب صاحب الحق يوجب الضمان فكان
كالاستهلاك ولنا ان الواجب ليس في الذمة بل جزء من النصاب تحقيقا للتيسير الا ترى انه يؤدى من اربعين شاة شاة تحقيقا
للتيسير فان الزكاة وجبت بقدرة ميسرة على ما عرف في الاصول ومن التيسير ان يكون الواجب من النصاب اذ الانسان
انما يخاطب بالاداء مما يقدر عليه وهو قادر على اداء الزكاة عن هذا النصاب بان لا يكون له مال سواه
في المفاوز فانهم لا يقدرون على تحصيل شيء من النقود لبعدهم عن العمران فاذا كان جزءا منه كان النصاب محله
فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية فانه يسقط بهلاكه واذا لم يجعل مسقطا بهذا لان صدقة الفطر وجوبها
لانها تجب في الذمة وعورض بان دفع القيمة يجوز عندكم ولو كان الواجب جزءا من النصاب لما جاز لان القيمة
ليست بجزء من النصاب واجيب بان ذلك بامر اخر وهو الاذن بالاستبدال كما تقدم **وقوله** والمستحق فقير جواب عن
قوله منع بعد الطلب فيه اشارة الى انه لو طلبه الفقير فلم يؤد حتى هلك المال لم يجب الضمان ايضا فضلا عما اذا
لم يطلبه لان المستحق للطلب فقير يعينه المالك لا كل فقير لان المالك له الراي في الصرف الى من شاء من الفقراء فلم يتحقق منه
الطلب فلا يكون ثمة منع بعد الطلب وفي عبارته تسامح لان الفقير مصرف عندنا لا مستحق على ما عرف في الاصول الا ان يحمل
كلامه على ان المراد به المستحق للطلب فهو منع فان قيل الساعي متعين للطلب فاذا لم يؤد بعد طلبه حتى هلك وجب
ان يضمن ولم يتعرض له اجاب بقوله وفي طلب الساعي قيل يضمن وهو قول العراقيين من اصحابنا لكونه متعينا
للطلب فالمنع يكون تفويتا كما في الاستهلاك وقيل لا يضمن وهو قول مشايخ ما وراء النهر قيل وهو الصحيح لعدم
التفويت فان المنع ليس بتفويت لجواز ان يكون منعه لاختيار الاداء من محل اخر بخلاف الاستهلاك فانه تفويت وقد وجد
منه التعدي على محل مشغول بحق الغير للاداء فجعل المحل كانه قائم زجرا له ونظرا لصاحب الحق اذ لو لم يجعل كذلك لما
وصل الى الفقير شيء لان كل من وجب عليه الزكاة لم يعجز ان يصرف النصاب الى حاجته بلا ضمان **وقوله** وفي هلاك البعض
يسقط بقدره اي بقدر الهالك اعتبارا للبعض بالكل فان قيل قد ثبت ان الزكاة واجبة بقدرة ميسرة باشتراط النصاب
فكان الواجب ان لا يبقى على شيء كما بعد الوجوب فان لم يبق بعض النصاب اجيب بان اليسر فيها لم يكن من حيث
اشتراط النصاب بل من حيث اشتراط صفة النماء ليكون المؤدى جزءا من المال النامي فلا ينتقص به اصل المال
وانما اشترط اصل النصاب في الابتداء ليصير المكلف به اهلا للاغناء فانه لا يتحقق الا من الغني والشرع قدر الغنى
بالنصاب كما عرف في الاصول وانما يسقط عند هلاك الكل لفوات النماء الذي يتعلق به اليسر واذا هلك البعض
بقي اليسر ببقاء النماء في ذلك القدر فيبقى بقسطه **وقوله** وان قدم الزكاة على الحول اي اداها قبل حولان الحول جاز
عندنا خلافا لمالك وذكر في الاسرار زفر بدل مالك له ان حولان الحول شرط كالنصاب وتقديم المشروط على الشرط لا يجوز
كالتقديم على النصاب ولنا انه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا صلى في اول الوقت وصام المسافر في رمضان
وادى الدين المؤجل وهذا لان الحول شرط وجوب الاداء وكلامنا في جوازه وصار كما اذا كفر بعد الجرح ويجوز التعجيل لاكثر
من سنة لانه ملك النصاب بسبب وجوب الزكاة في كل حول ما لم ينتقص فيجوز التعجيل لاعتبار تمام السبب وفي ذلك
للحول الاول والثاني سواء ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر فانه كان له خمس من الابل فعجل اربع
شياه ثم تم الحول وفي ملكه عشرون من الابل جاز عن الاربع عندنا وعند زفر لا يجوز الا عن الخمس لان كل نصاب في حق الزكاة
اصل بنفسه فكان التعجيل عليه قبل وجوده تعجيلا قبل السبب فلا يجوز ولنا ان النصاب هو الاصل في
السببية والزوائد عليه تابع له الا ترى انه لو كان له نصاب من اول الحول ثم حصل له نصب في اخر الحول ثم تم الحول

على

على النصاب الاول ولم يتم على الباقية جعل كانه تم الحول على النصب كلها ووجب اداء الزكاة على الجميع بالاتفاق فكذلك يجعل
النصب الاخر كالموجود في اول الحول في حق التعجيل والله تعالى اعلم

باب زكاة المال

لما قدم ذكر السوائم لما قلنا اعقبه بذكر غيرها من اموال الزكوة قال والمال كل ما يتملكه الناس من دراهم او دنانير او حنطة
او شعير او حيوانات او ثياب او غير ذلك والمصنف ذكر المال واراد غير السوائم على خلاف عرف البادية فان اسم المال عندهم
يقع على النعم وعلى عرف اهل الحضر فانه عندهم يقع على غير النعم

فصل في الفضة

قدم فصل الفضة على غيرها لكونها اكثر تداولا في الايدي والاوقية بالتشديد افعولة من الوقاية لانها تقي صاحبها من الضرر وقيل
هي فعلية من الاوق وهو الثقل والجمع الاواقي بالتشديد افاعيل كالاماني وبالتخفيف افاعل وكلامه ظاهر **وقوله** فيكون
فيها درهم مع الخمسة وهكذا في كل اربعين درهما درهم وهو سائغ عند ابي حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه
وقالا ما زاد على المائتين فزكاته بحسابه قلت الزيادة او كثرت حتى اذا كانت الزيادة درهما ففيه جزء من اربعين جزءا
من درهم وهو قول علي وابن عمر رضي الله عنهما وبه اخذ الشافعي رحمه الله لقول علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال وما زاد على المائتين فزكاته بحسابه ولان الزكاة وجبت شكرا لنعمة المال والكل مال فان قيل فعلام شرط النصاب
في الابتداء اجاب بقوله ليتحقق الغنى بالنصيب المطلق به اهلا للاغناء كما ذكرنا من قبل ولو كان اعتباره لذلك لاشترط
في السوائم في الانتهاء كما شرط في الابتداء اجاب بقوله تحرزا عن التشقيص وهو غير موجود في محل النزاع ولابي حنيفة
رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين وجهه الى اليمن لا تاخذ من الكسور شيئا قيل معناه لا تاخذ من
الشيء الذي يكون الماخوذ منه كسورا وسماه كسورا باعتبار ما يجب فيه فان قيل يجوز ان يكون المراد ما قبل المائتين بدليل
انه قال عقيب هذا الحديث فاذا بلغ الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم ولا تاخذ مما زاد حتى تبلغ اربعين
درهما فتاخذ منها درهما هكذا ذكر ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي مسندا الى معاذ بن جبل رضي الله عنه
فيحمل قوله فاذا بلغ الورق الى اخر الحديث بيانا وتفسيرا لقوله لا تاخذ من الكسور شيئا لئلا يلزم التكرار **وقوله**
صلى الله عليه وسلم في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة وذلك انما يكون بعد المائتين لان ما
قبل ليس فيه ولا فيما دونه صدقة وهذا الحكم لا يعارضه حديث علي رضي الله عنه لاحتمال ان يراد بالزيادة على
المائتين اربعون واحتمال ما ذكره ولان الحرج مدفوع وهو واقع في ايجاب الكسور ذكره اي الحرج لتعسر
الوقوف لانه اذا ملك مائتي درهم وسبعة دراهم يجب عليه عندهما خمسة دراهم وسبعة اجزاء من اربعين جزءا
من درهم فيتعسر معرفة سبعة اجزاء من اربعين جزءا من درهم فيتعسر الوقوف عليه **وقوله** والمعتبر في الدراهم
وزن سبعة روي ان الدراهم في الابتداء كانت على ثلاثة اصناف صنف منها كل عشرة منه عشرة مثاقيل كل درهم مثقال وصنف
منها كل عشرة منه ستة مثاقيل كل درهم ثلاثة اخماس مثقال وصنف منها كل عشرة منه خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال
وكان الناس يتصرفون بها ويتعاملون فيما بينهم فلما تولى عمر رضي الله عنه اراد ان يستوفي الخراج بالاكثر والتمس
منه التخفيف فجمع حساب زمانه ليتوسطوا ويوفقوا بين الدراهم كلها وبين ما رامه عمر رضي الله عنه وبين ما رامته الرعية

فصل في الذهب

ذهب وجه تأخيره عن فصل الفضة وقوله لما روينا اشارة الى قوله في اول فصل الفضة كتب الى معاذ ان خذ الى ان قال ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو صحيح لانه عرف الدرهم في فصل الفضة بقوله وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل فتوقف معرفة كل منهما على الاخر وهو دور والجواب انه ما عرف الدرهم بالمثقال في فصل الفضة وانما قال المعتبر في الفضة ما يكون وزن سبعة مثاقيل وكان ذلك معروفا فيما بينهم ثم قال ههنا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف اي المراد بالمثقال ههنا هو المعروف فيما بين الناس الذي عرف به وزن الدرهم ولا دور في ذلك وقوله في كل اربعة مثاقيل قيراطان يعني اذا زاد على العشرين وبلغ الزيادة الى اربعة مثاقيل ففيها قيراطان لانه نصف عشر مثقال لان الواجب ربع العشر وربع العشر حاصل فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا فتكون اربعة مثاقيل ثمانين قيراطا وربع عشره قيراطان وهذا اصطلاح اهل الحجاز والقيراط خمس شعيرات فالمثقال وهو الدينار عندهم مائة شعيرة ...

فصل في العروض

باب فيمن يمر على العاشر

ألحق هذا الكتاب بكتاب الزكاة اتباعاً للمبسوط وشروح الجامع الصغير لمناسبة وهي أن العشر المأخوذ من المسلم المار على العاشر
بعينها الا أن هذا العاشر كما يأخذ من المسلم يأخذ من الذمي والمستأمن وما يعني المأخوذ منهما بزكاة فقدم الزكاة عليه
الباب وعلى الحقيقة بحكم الكون عبارة محضة لا عبادة فيها العشر والعاشر مشتق من عشرت القوم اذا اخذت عشر اموالهم
فسمي الشيء باعتبار بعض احواله وهو اخذ العشر من الحربي لا من المسلم والذمي على ما سيجيء **قوله** اذا مر على العاشر
بمال من الاموال الباطنة ... لان الاموال الظاهرة وهي السوائم لا يحتاج العاشر فيها الى مرور صاحب
المال عليه ... الا اذا ... فانه يأخذ عشر الاموال الظاهرة منه وان لم يمر صاحب المال عليه
الاموال الباطنة ... لصاحب المال ... لبطونها فاذا اخرجها الى الفيافي ...

[illegible]

قوله فيراعى تلك الشرائط تحقيقاً للتضعيف يعني تضعيف الشيء انما يتحقق اذا كان المضعف على
اوصاف المضعف عليه ... **وقوله** ولا يصدق الحربي ... في الفصول كلها الا في
الجارية ... لان الاخذ منهم بطريق الحماية وما في
يده من المال يحتاج الى الحماية ... في تصديقه ...
... لا يعتبر الحول لانه ... الحماية ليحصل ...
بعد الامان ... فالدين الذي وجب عليه ...
دار الحرب ... المال البضاعة فلا حرمة لصاحبها ولا امان ...
... **قال** ويؤخذ من المسلم ربع
العشر ... عمر بن الخطاب رضي الله عنه نصب العشار ...

[illegible]

وذهب الى عمر فلما دخل المدينة اتى المسجد فوضع يديه على عتبة الباب فقال يا امير المؤمنين انا الشيخ النصراني
فقال امير المؤمنين انا الشيخ الحنيفي ثم قص النصراني القصة فقال عمر رضي الله عنه اتاك الغوث فكتب الى زياد
ورجع اليه ما كان عليه فلما انتهى النصراني انه استخف بظلامته فرجع كالخائب فلما انتهى الى فرسه وجد كتاب
عمر قد سبقه انك ان اخذت العشر مرة فلا تاخذه مرة اخرى فقال النصراني ان دينا يكون فيه العدل
بهذه الصفة لحقيق ان يكون حقا فاسلم النصراني فان قيل كلام المصنف متناقض لانه قال حتى يحول عليه
الحول ثم قال لا يمكن من المقام الاحول ولم اذا لم قريبا من الحول لانه لا يمكن من الاقامة حولا كاملا اجيب
بان مراده بقوله حتى يحول الحول اذا لم يعلم الامام بحاله حتى يحول الحول فانه ياخذ منه **قال** فان مر ذمي
او حربي بعشر الخمر دون الخنزير اذا مر الذمي على العاشر بخمر او خنزير بنية التجارة وبلغ القيمة مائتي
درهم فعنه اربعة اقوال كما ذكر في الكتاب وانما فسر بقوله اي من قيمتها احترازا عن قول مسروق
رحمه الله فانه يقول بعشر عينها ونفي الكلام فيما نعلم فان الشامع نفهم منه انه يعشر عين الخمر والكلام فيه
اقرانهما ثم قال الشافعي رحمه الله تعالى على اصله بانهما مالية ولا قيمة لواحد منهما حتى لو اتلف المسلم خمر الذمي
او خنزيره لم يضمن عنده وزفر رحمه الله سوى بينهما لاستوائهما في المالية عندهم فان المسلم اذا
اتلف خنزير الذمي ضمنه كما لو اتلف خمره وابو يوسف اعتبر الشفعة يجعل الخنزير تبعا للخمر اذا كان
المالية بواسطة الحمل وقد يكون الخنزير تبعا وان لم يثبت مقصودا **ووجه** الفرق على ظاهر
الرواية ما ذكره في الكتاب بحق الوجهين وهو ظاهر وقد اعترض على كل الوجهين اما على الاول فبانه
منقوض بما ذكر في الشفعة من هذا الكتاب فقال واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذ
وان كان شفيعها مسلما اخذ بقيمة الخمر والخنزير فلو كان لقيمة الخنزير حكم عينه لما اخذ بقيمته كما لا يأخذها
بعينه ونقض ايضا بمسئلة الغصب والاتلاف فان المسلم اذا اتلف خنزير الذمي يضمن قيمته فلو كان لها حكم العين
لما ضمنها كما لا يضمن عينه واما على الثاني فبان المسلم والذمي اذا غصب خنزير ذمي وجاء بها الى
القاضي يامره القاضي بالرد والتسليم وذلك حماية له واجيب عن الاول بان قيمة ذوات القيم بمنزلة
عينها من وجه دون وجه لانها ليست بمنزلة عينها من حيث الحقيقة وتنزل منها من حيث انه لا
لا يمكن الا بالتعيين ولا تعيين الا بالتقويم فاخذت القيمة حكم العين من هذا الوجه فلهذا اذا تزوج الذمي
امراة على خنزير بعينه ثم اتاها بالقيمة اجبرت على قبولها كما لو اتاها بعينه فدارت القيمة بين ان تكون
بمنزلة العين وبين ان لا تكون اعطيت حكم العين في حق الاخذ والحيازة وهو في باب الزكاة ولم تعط
حكم الاعطاء لانه موضع ازالة وتبعيد وهو في باب الشفعة والاتلاف وتوفيق يرد ما اخذ قيمة خنزيره
انه يملكه ذمي قضى بها للشافعي منه فلا تجوز ولو كان اخذ القيمة كاخذ العين لما جاز القضاء **اجيب**
بانه لما قضى بها دينا عليه وتحت للغاصب بسببه دين صاحب الدين وعند ذلك يختلف السبب حكما
الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان بحكم ما عرف وعن الثاني بان الرد حق للمالك ولا بد حيا فيجبر
نفسه لئلا يتم الاستيلاء ويه حمايته لغرض بستوفيه والعاشر لو حماه لذلك لكان لقاضي **وقوله** ولو مر صبي
او امراة ظاهر **وقوله** ومن مر على العاشر بمائة يعني سواء كان مسلما او ذميا **وقوله** لانه غير ما دون
باداء زكاته يعني هو ما دون التجارة فيقال لا يجوز الزكاة والشركة اخذ شيء سوى الزكاة ولا نائب عنهما
اما هو نائب في التجارة لا غير والنائب يقتصر ولا ينبه على ما فوض اليه فكان بمنزلة المستبضع **وقوله**
ولو مر عبد ما دونه بمائتي درهم ظاهر والصحيح الرجوع في المضارب رجوع في العبد المادون كذا كان
الامام فخر الاسلام وصلحه لانفاح **وقوله** الا اذا كان على العبد دين محيط بماله فانه لا يوخذ منه شيء
كان مشغولا به لم يكن للانعدام الملك يعني عند ابي حنيفة او للشغل اي عندهما فان الشغل بالدين مانع عن

وجوب

وجوب الزكاة **وقوله** ومن مر على عاشر الخوارج ظاهر
رابع
المعادن

باب المعدن والركاز

اخر باب المعدن عن العاشر لان العشر اكثر وجودا واما المستخرج من الارض له اسامي الكنز والمعدن والركاز
فالكنز اسم لما دفنه بنو آدم والمعدن اسم لما خلقه الله تعالى في الارض يوم خلقت الارض والركاز
اسم لهما جميعا والكنز ما خوذ من كنز المال اي جمعه والمعدن من عدن بالمكان اذا اقام به والركاز من
ركز الرمح اي غرزه فهو على هذا لجاز الاطلاق عليهما جميعا لان كل واحد منهما مركوز في الارض اي مثبت وان
اختلف الراكز وعلى كل واحد منهما مركوز في الارض اي مثبت وان اختلف الراكز على كل واحد منهما
بانفراده والمراد بالمركوز في لقب الباب الكنز لمعنيين احدهما ان هذا الباب يشتمل على بيان المعادن
والكنوز على ما يجيء والثاني انه لو اريد به المعادن لزم التكرار لانه يكون تقدير كلامه باب في المعادن
وان اريد المعادن والكنز كان تقديره باب في المعادن والمعادن والكنز **قال** معدن ذهب وفضة المستخرج
من المعدن انواع ثلاثة جامد يذوب وينطبع كالذهب والفضة والحديد والرصاص والصفر وجامد
لا يذوب كالجص والنورة والكحل والزرنيخ ومائع لا يتجمد كالماء والقير والنفط وموضع هذا الباب على
خمسة عشر وجها لان الذهب والفضة الذي يوجد اما ان يكون معدنا او كنزا وكل ذلك لا يخلو اما
ان يوجد في حرم دار الاسلام او في دار الحرب وكل ذلك لا يخلو عن ثلاثة اوجه اما ان يوجد في
مفازة لا مالك لها او في ارض مملوكة او دار والموجود كنزا لا يخلو عن ثلاثة اوجه ايضا اما
ان يكون على ضرب اهل الاسلام او على ضرب اهل الجاهلية او اشتبه الحال ففي الاول وهو ما يذوب وينطبع
اذا وجد في ارض عشر او خراج الخمس عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه لانه مباح سبقت
اليه وكل ما هو كذلك لا شيء عليه كالصيد الا انه اذا كان المستخرج ذهبا او فضة فيجب فيه الزكاة
فهو ربع العشر ولا يشترط فيه الحول في قول لما ذكرنا انه نماء كله والحول للتنمية والنصاب يعتبر
فلو كان دون المائتين من الفضة لا يجب شيء وفي جانب الشافعي رحمه الله لا يشترط فيه الحول
فلم يقل في جانبنا لان الشافعي قائل بالزكاة وكان عليه ان يقول باشتراط الحول فيه لما ذكر من الدليل
ونحن نقول بالخمس والحول لا يشترط له ولنا قوله صلى الله عليه وسلم وفي الركاز الخمس وله حين سئل
صلى الله عليه وسلم عما يوجد في الخرب العادي فتعطف على المشهور عنه فقال فيه وفي الركاز الخمس
على المدفون وذلك يدل على ان المراد بالركاز المعدن فانه من الركز وهو ينطلق على المعدن ايضا كما ينطلق
وانها اي الارض كانت في ايدي الكفرة وحويناها ايدينا وهو واضح وكل ما كان كذلك كان غنيمة وهو
ايضا واضح وفي الغنيمة الخمس بالنص **وقوله** بخلاف الصيد جواب عن قوله كالصيد فان قيل لو كان غنيمة
لكان الخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل واربعة الاخماس للغانمين وليس كذلك اجاب بقوله الا ان
للغانمين يدا حكمية ويد حقيقة ان الغانمين انما يستحقون اربعة الاخماس لمن حولهم اي لهم حقيقة وحكما
وههنا لهم حكمية لانه ثبتت ايديهم على ظاهر الارض حقيقة وثبتت على باطنها واما الحقيقة فللواجد
فكان ما في باطنها غنيمة حكما لا حقيقة فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقة في اربعة الاخماس
حتى كانت للواجد مطلقا كان او ذميا كان او عبدا صبيا او بالغا رجلا او امراة لان استحقاقها في هذا الحال
كاستحقاق الغنيمة وجميع ما ذكر يستحق في الغنيمة اما سهما او رضخا فان الصبي والمراة والعبد والذمي يرضخ
لهم اما قاتلوا على ما سيجيء بخلاف الحربي فانه لا حظ له في الغنيمة وان قاتل باذن الامام فاذا وجد شيئا

بخلاف

قوله ما يوخذ من المعدن والركاز ليس بزكاة عندنا بل يصرف مصرف الغنيمة فوضع المناسب كتاب السير ويجوز ان يقال ان كونه زكاة مقصودا والتبعي على ما ذهب اليه الشافعي او رده بهذه العلاقة

قوله الاولى ان يقال الخاني

قوله يوم خلقت الارض اي يوم خلقت الارض غير معلوم [illegible]

قوله [illegible]

قوله [illegible]

اي قبل ظهور الاسلام محوها ملوك الاسلام غلبة وقهرا غاية البيان

رعاية لجانب الفقراء غاية

الركاز يؤخذ منه الكل قال **فإن قيل** روي أن عبدا وجد جرة من ذهب على عهد عمر رضي الله عنه فأدى ثمنه
واعتقه وجعل ما بقي لبيت المال أجيب بأنه كان وجده في بيت رجل صاحب خطيئات فلم يتركه وارثا
صرفه إلى بيت المال ورأى المصلحة في أن يعطيه منه من بيت المال ليوصله إلى العتق قال في التحفة ويجوز
للواجد أن يصرف الخمس إلى نفسه إذا كان محتاجا لا تغنيه أربعة الأخماس وهو نحو ما ذكره صاحب النهاية
مما يشير إلى خلاف ذلك **قال** ولو وجد في داره أو دار وجد إنسان في داره معدنا فليس فيه شيء عند أبي
حنيفة وقالا فيه الخمس لهما إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في الركاز الخمس من غير فصل بين الأرض والدار
ودليل أبي حنيفة رحمه الله ظاهر واعترض بأنه لو كان من أجزائها لجاز التيمم به وأجيب بالإجماع **وأجيب**
بأن التيمم يجوز بما هو من جنسها لا من أجزائها الخلقية وهذا ليس من جنسها والجواب عن الحديث أن الأمر
لما خصه تخفف الدار فكأنه لم يقل فيها والإمام يقيل الولاية وإن وجد في أرضه فعن أبي حنيفة رحمه
الله روايتان في رواية الأصل لا شيء فيه كما في الدار وفي رواية الجامع الصغير فيه الخمس والفرق ما
ذكر في الكتاب **وقوله** وإن وجد ركازا أي كنزا إنما فسره بهذا لأن الركاز اسم مشترك ينطلق على المعدن
والكنز وقد فرغ من بيان المعدن فأراد به الكنز ولنص قوله وجب الخمس عندهم فإن وجوب الخمس إنما
هو في الكنز لا في المعدن لأن أبا حنيفة رحمه الله يقول بوجوبه في الدار كما ذكرنا **وقوله** لما روينا
إشارة إلى قوله في الركاز الخمس **فإن قيل** قد استدل به على وجوب الخمس في المعدن فاستدلاله به هاهنا
استعمال اللفظ المشترك في معنييه وهو غير جائز **أجيب** بأنهم جعلوا اسم الركاز ينطلق على الكنز بمعنى
الركز فيه وهو الإثبات ومعناه أنه ليس من باب استعمال اللفظ المشترك في مدلوليه وإنما هو من باب
عموم المعنوي والاشتراك في ذلك فحصل سقط ما قيل كان من حقه أن يعلل بالسياق ما رويناه وهو
قوله صلى الله عليه وسلم في الركاز الخمس والمراد بقوله فيه الكنز وكما يذكر الكنز منصوصا هاهنا فكان التمسك
بما فيه كما تمسك ببعض المبسوط إذ دلالة الركاز على ما ادعى المصنف من الكنز بسبب دلالة الركاز على
الإثبات لا غير وهو اسم مشترك بين المعدن والكنز وتنزل على المعدن فكان تحمل إلا بالنص وأما إرادة
التنصيص في الكلام فهو فيما تمسك به في المبسوط فكذلك لا يصح فكان معناه التمسك به أولى
لأنها أشد لا للعام على ما فيه ولا بالمفسر والعام والخاص عندنا في إيجاب الحكم سواء ثم إنه كان من ضرب
أهل الإسلام كالمكتوب عليها كلمة التوحيد فهو بمنزلة اللقطة يعرف حيث يحتمل أن يتوهم أن يرجع
إليها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته على ما سيجيء وإن كان على ضرب أهل الجاهلية كالمنقوش عليها
الصنم ففيه الخمس على كل حال أي سواء كان الموجود ذهبا أو فضة أو رصاصا أو غيرها وسواء كان
الواجد صغيرا أو بالغا حرا أو عبدا مسلما أو ذميا إلا إذا كان حربيا مستأمنا كما ذكرنا **وقوله** لما بينا
يعني من النص والمعقول أي وجد في أرض مباحة يعني الذي هو على ضرب الجاهلية فإن الذي هو
ضرب أهل الإسلام ملحق باللقطة فلا يتأتى فيه هذا التفريع وهو أنه يكون أربعة أخماسه للواجد
وقوله لأنه تم الإحراز منه إذ لا علم به للغانمين إشارة إلى ما ذكرنا أن الغانمين لا أحقية
بالحقيقة فيكون فيه الخمس والباقي للواجد وإن وجده في الكنز المذكور في أرض مملوكة فكذا الحكم
عند أبي يوسف أي الخمس للفقراء وأربعة أخماسه للواجد مالكا كان أو غير مالك لأن الاستحقاق بتمام الحيازة
وهي منه لأن المختط له ما ملك إلا ما في الظاهر وعند أبي حنيفة ومحمد هو للمختط له وهو الذي ملكه الإمام
هذه البقعة أول الفتح يستحق بيده **فإن قيل** يد المختط له وإن كانت سابقة لكنها يد حكمية وإلا هكذا
بجملة الغانمين **أجاب** بقوله وهي يد الخصوص يعني أن اليد الحكمية إنما لا يثبت بها الملك إذا كانت يد
عموم كجماعة الغانمين أما إذا كانت يد خصوص فيملك بها ما في الباطن وإن كانت على الظاهر كما في اقطاع تمليكه

في لقطها درة ملك الدرة وهما نوى بعد أن تصرف الغازي بعد القسمة وما قبلها لا يرفع ما لا عموم اليد
وخصوصها **فإن قيل** سلمنا أن المختط له ملك لكنه باع الأرض فخرج الكنز كما لو كان دفينا بعينه **أجاب**
بأن الكنز لا يخرج عن ملكه بخلاف المعدن لأنه من أجزائها فينتقل إلى المشتري وإن لم يعرف المختط له
يصرف إلى أقصى مالك يعرف في الإسلام على ما قالوا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وقال أبو اليسر يوضع
في بيت المال **وقوله** ولو اشتبه الضرب ظاهر **قال** ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد في دار بعضهم ركازا
رده عليهم تحرزا عن الغدر قال صلى الله عليه وسلم في العهود وفاء لا غدر وكان ما في
الدار في يد صاحبها خصوصا وإن وجده في الصحراء أي التي في حيز دار الحرب وليس بمملوكة لأحد فهو له لأنه
ليس في يد أحد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه أي لا خمس فيه لأنه لا خمس إلا فيما يكون في معنى الغنيمة
وهي ما كان في يد أهل الحرب ووقع في أيدي المسلمين بإيجاف الخيل والركاب وهذا ليس كذلك لأنه بمنزلة
المتلصص في دار الحرب إذا أخذ شيئا من أموالهم وأحرزه بدار الإسلام **فإن قيل** المستأمن منا في دارهم إذا وجد
في أرض ليست بمملوكة ركازا فهو له والمستأمن منهم في دارنا إذا وجد شيئا من ذلك في الصحراء لا حق له فيه
ويؤخذ منه كله فالفرق بينهما **أجيب** بأن الفرق بأن دار الإسلام دار أحكام فتعتبر اليد الحكمية فيها
على الموجود ودار الحرب ليست كذلك فالمعتبر فيها اليد الحقيقية والفرض عدمها **وقوله** وليس في الفيروزج
يوجد في الجبال هو النوع الثاني من المستخرج من المعادن وكذلك الجص والكحل والزرنيخ والياقوت وجواهرها
وقيد بقوله يوجد في الجبال احترازا عن أبي حنيفة وما ذكره بعده من الزئبق واللؤلؤ خلافا في الكتاب
فإنه ليس فيها شيء بالاتفاق وقوله صلى الله عليه وسلم لا خمس في الحجر معلوم أنه لم يرد به ما كان
للتجارة وإنما أراد ما يستخرج من معدنه فكان أصلا في كل ما هو بمعناه **وقوله** وفي الزئبق الخمس قيل
هو فارسي معرب زيبق بالهمزة ومنهم من يقول بكسر الباء بعد الهمزة والمراد به ما يصاب في معدنه لما ذكرنا
الطالب عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول أولا لا شيء فيه وكنت أقول فيه الخمس فلم أزل
أناظره وأقول إنه كالرصاص حتى قال فيه الخمس ثم رأيت أن لا شيء فيه فصار الحاصل أنه على قول
أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف الآخر وهو قول أبي حنيفة الأول لا شيء فيه قال لأنه بمنزلة القير
والنفط يعني هو من جملة المياه ولا خمس في الماء وقالا إنه يستخرج بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره
فكان كالفضة فإنها لا تنطبع ما لم يخالطها شيء فهذا هو النوع الثالث كما ذكرنا في أول هذا الباب ولا
خمس في العنبر واللؤلؤ عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر الخمس
لأن عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من العنبر روي أن يعلى بن أمية كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنهما يسأله
عن عنبر وجد على الساحل فكتب إليه في جوابه أنه مال الله يؤتيه من يشاء وفيه الخمس وقال صاحب النهاية
هذا الذي ذكره يصلح حجة في العنبر لا في اللؤلؤ ولم يذكر في الكتاب حجته في اللؤلؤ وذكر في المبسوط
أن السؤال عن عمر كان عنهما جميعا فإنه سئل عن العنبر واللؤلؤ يستخرجان من البحر قال فيهما الخمس وأقول
الذي يفهم من كلام المصنف أنه أراد به الاستدلال على اللؤلؤ بالدلالة لأنه قال وفي كل حلية تخرج من
البحر فاستدل على المجموع بالعنبر لأنه يخرج من البحر وفيه الخمس فكذا كل ما يستخرج منه دفعا للتحكم وقالا
إن قعر البحر لم يرد عليه القهر ومعناه أن الخمس إنما يجب فيما كان في أيدي الكفرة وقد وقع بأيدي المسلمين
بإيجاف الخيل والركاب والعنبر ليس كذلك لأنه لم يكن في يد أحد لأن قهر الماء يمنع قهر غيره وعن هذا قالوا
لو وجد الذهب والفضة في قعر البحر لا يجب فيه شيء **وقوله** والمروي عن عمر جواب عن الاستدلال
بجوابه **وقوله** وقد حمله أنه كان فيما دسره البحر أي دفعه وقذفه وبهذا يوجب الخمس في العنبر الذي دسره
البحر يقول ومراده دسره البحر الذي في دار الحرب فوجد الجيش على ساحله فأخذوه فإنه غنيمة يجب فيه

يعني احترازا عما يوجد من خزائن الكبار
من الكفرة من الفيروزج والزبرجد
واللؤلؤ

لأن هذا الحديث ورد في بيان وظائف
المعادن

قوله واجيب بأن التيمم بجزائه أقول
كيف يجوز التيمم بأجزائها إذا ورد التيمم
على قول العمو ولأن الجزء لا يخالف
الجملة سعدى

للخمس وانما قلنا ذلك لانه روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال في العنبر انه شيء دسره البحر فلا
فيه فيحمل على احد المعنيين اما على بحر دار الاسلام واما على انه اخرجه واحد من المسلمين في بحر دار الحرب لانه
بمنزلة المتلصص ولا خمس فيهما **وقوله** متاع وجد ركازا اي كالموجود ركازا والمراد بالمتاع ما يتمتع به
في البيت من الرصاص والنحاس وغيرهما وكيل المراد به الثياب لانه يستمتع بها وذكر هذا لبيان انه ومحو
لا يتفاوت فيما بين ان يكون الركاز من النقدين او غيرهما وكلامه واضح والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب العشر

باب زكوة الزروع والثمار

سمي العشر زكاة كما سمي المصدق فيما تقدم عاشرا مجازا وتاخر العشر عن الزكاة
لانها عبادة محضة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والعبادات الخالصة مقدمة على غيرها قال ابو حنيفة
رحمه الله في كل ما ينبت الارض ويبتغى بها النماء دليل لان ذكر رطبا كان او يابسا يبقى من سنة الى سنة
او لا يبقى سيحا اي بجار او سقته السماء اي المطر العشر الا الحطب والقصب والحشيش والتبن
والسعف وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية تبقى من سنة الى سنة اذا بلغ خمسة اوسق كل وسق ستون
صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم قيد بالثمرة وهي اسم لشيء من اصل وقيد بالباقية احترازا عن
غيرها كالبقول ان يبقى سنة في الغالب من غير معالجة كثيرة كالحنطة والشعير والذرة وغيرها دون البطيخ
والتفاح والسفرجل ونحوها وقيد بما بلغ خمسة اوسق احترازا عما اذا كان دونه والوسق ستون صاعا بصاع
رسول الله صلى الله عليه وسلم فخمسة اوسق الف ومائتا من لان كل صاع اربعة امنان كل من منوان الا ما سواه
هذا قول اهل الكوفة وقال اهل البصرة الوسق ثلاثمائة من وثلث وليس في الخضراوات كالفواكه والبقول عشر
عندهما لان البقول ليست بثمرة والفواكه لا تبقى سنة الا بمعالجة كثيرة فالخلاف في موضعين في اشتراط
النصاب وفي اشتراط البقاء ولم يتعرض لكونه ثمرة لان البقول دخلت في اشتراط البقاء لهما في الاول في
اشتراط النصاب قوله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه زكاة التجارة فيجب
دون خمسة اوسق اذا بلغت قيمتها مائتي درهم ولانه صدقة بدليل تعلقه بنماء الارض وعدم وجوبه
على الكافر وصرفه الى مصارف الصدقات وكل ما هو صدقة يشترط له النصاب ليتحقق الغنى ولابي حنيفة
قوله صلى الله عليه وسلم ما اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتاويل ما روياه زكاة التجارة
لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهما فتكون قيمة خمسة اوسق مائتي درهم
وهو نصاب الزكاة وقيل العشر فيه معنى العبادة كما ذكرتم فيكون لمالك الله عفوا ونصاب فيما لا على الزكاة
والجواب انه فاسد لانه يناسبها فيه العبادة مع كونه منصوصا عليهم على العامة الحكمة وقوله ولا معتبر بالمالك
فيه اي في العشر جواب عن قوله فيشترط النصاب ليتحقق الغنى ان الغنى صفة المالك وقد مر في باب العشر من غير شيء من الارض المكاتب والصبي والمجنون والاراضي الموقوفة
على الرباطات والمساجد فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء
والثاني في قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الخضراوات صدقة ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم
نفى الصدقة عن الخضراوات وليس الزكاة منفية بالاتفاق فتعين العشر وله ما روينا يعني قوله صلى الله
عليه وسلم ما اخرجت الارض ففيه العشر ومروينا وهو ليس في الخضراوات صدقة محمول على صدقة يأخذها
العاشر واذا كان العاشر لا ياخذ منها عند ابي حنيفة لا ياخذ منها الا لاجل الفقراء عند ابي المالك عن دفع القيمة لا ياخذ به اي
بهذا المروي لا ابو حنيفة في حق هذا الحمل الذي حملناه عليه وانما قلنا عنده لان المالك عن دفع القيمة
لانه اذا اعطى القيمة لا كلام في جوازه اصلا وهذا لان الاخذ ثبت نظر الفقراء ولا نظر هنا لان العاشر

في الاغلب

في الاغلب يكون نائيا عن البلد ولا يجد فقيرا يصرفه اليه فيحتاج الى ان يبعثه الى البلد وربما يفسد قبل الوصول
الى الفقراء فيؤدي الى الضرر فلا ياخذ بل يؤديه بنفسه قال النبي بعض هذه المادة ان العام المتفق عليه او
في نص موجبه اولى من الخاص المختلف فيه وقد اتفقوا على العمل بما رواه ابو حنيفة في مقدار ما تخلف
ثم نعمل بما ذكره ابو حنيفة رحمه الله واما حمله على محل آخر دعل به فيه وابو حنيفة اخذ هذا الاصل عن
عمر بن الخطاب رضي الله عنه فانه عمل بالعام المتفق عليه حين اراد اجلاء بني النضير وهو قوله صلى الله
عليه وسلم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب واجلاهم ولم يلتفت الى ما اعترضوا به عليهم من قوله صلى الله
عليه وسلم اتركوهم وما يدينون كذا نقله شيخي عن شيخه رحمهم الله **قوله** ولان الارض قد تستنمى دليل
معقول على مدعاه وتقريره السبب هي الارض النامية والارض النامية قد تستنمى بما لا يبقى فلو لم يجب
العشر فيما لا يبقى لكان قد وجد السبب والخارج بلا شيء وذلك اخلاء الشيء عن الحكم في موضع ثبات
ذلك الحكم وهو لا يجوز ولهذا يجب فيه اي فيما لا يبقى من الخارج بلا شيء كالخضراوات الخراج
الارض النامية بالخارج الذي لا يبقى على تاويل المكان **قوله** اما الحطب بيان مما استثناه ابو حنيفة
مما اخرجت الارض **وقوله** وفي الجنان اي في البساتين وبيانه ان الحطب والقصب والحشيش ونحوها
لا تستنمى به الارض لا عشر فيها لان سبب وجوب العشر الارض النامية وهذه الاشياء تنقى عنها البساتين
لانها اذا غلبت على الارض افسدتها فلا تحصل بها النماء حتى لو اتخذ الارض مقصبة او مشجرة او منبتا
للحشيش واراد بها حصول ذلك وبيعه كان فيها العشر **وقوله** المراد بالمذكور القصب الفارسي القصب
كل نبات كان ساقه انابيب وكعوبا والكعب العقدة والانبوب ما بين الكعبين وانواع القصب الفارسي وهو
ما يتخذ منه الاقلام وقصب الذريرة وهو نوع منه متقارب العقد انبوبه مملوء مثل نسج العنكبوت
وفي مضغه حرافة وسحيقه عطر يؤتى به من الهند واجوده الياقوتي اللون وقصب السكر والمتنى
منه القصب الفارسي واما الآخران ففيهما العشر لانه يقصد بهما الاستغلال الارض بخلاف السعف وهو
ورق الجريد الذي يتخذ منه المراوح والتبن لان المقصود الحب والتمر دونهما فان قيل ينبغي ان يجب العشر في
التبن لانه كان واجبا وقت كون الزرع قصيلا والتبن هو القصيل فاذا زادت فيه اليبوسة كيف
لا يتعين الواجب **اجيب** بانه لا يجب العشر في التبن لان العشر كان واجبا قبل ادراك الزرع في الساق حتى
لو قصله وجب العشر في القصيل فاذا ادرك تحول العشر من الساق الى الحب كالتحول الخراج من المكيلة عن
القصيل الى الخارج عند الخروج **قال** وما سقي بغرب او دالية الغرب الدلو العظيم والدالية الجذع يدير
البقر ونحوها ذكره في المغرب ان الدالية جذع طويل تركبا تركيب مداق الارز وفي راسه مغرفة كبيرة يستقى
بها والسانية التي تستقى عليها **وقوله** ففيه نصف العشر على القولين اي على حسب اختلاف قول ابي حنيفة وقول
ابي يوسف ومحمد فعنده نصف العشر من غير شرط النصاب والبقاء بيننا وما ذكر من الدليل ظاهر
وان استعمل الائمة السرخسي على بعض مشايخنا لتجلة المؤنة فيما سقته السماء وكثرتها فيما سقي بغرب او دالية
وهذا ليس بقوي فان الشرع اوجب الخمس في الغنائم والمؤنة فيها اكثر منها في الزراعة ولكن هذا تقدير شرعي
نتبعه ونعتقد فيه المصلحة وان لم نعقلها **وقوله** وان سقي سيحا وبدالية واضح وانما عطف الدالية
بالبا لان السيح اسم للماء دون الدالية فان الدالية الة الاستقاء فلا يتم دانه بغال سقي دالية لان الدالية غير
مستقية بل هي الة الستقي كذا في النهاية **وقوله** قال ابو يوسف فيما لا يوسق يعني ان قول ابي يوسف لانه لا يراد
الاشكال على قول ابي حنيفة فانه يقول بالعشر في القليل والكثير وهما انما اعتبراه على وجه مختلفين في المنصوص عليه
وهو ما يدخل تحت الوسق يحتاج الى البيان فيما لا يوسق **وقوله** لانه التقدير بالوسق كان باعتبار انه
اعلى ما يقدر نوعه لانه يقدر اولا بالصاع ثم بالكيل ثم بالوسق فكان الوسق اقصى ما يقدر به بالمعيار وقضى

مما يعتد به في القطن الحمل لانه يعتد اولا بالامنا ثم بالحمل فكان الحمل اعلى ما يقدر به وفي الزعفران
المن لانه يقدر اولا بالسنجات ثم بالاساتير ثم بالمن **قوله** وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر وقيد
ارض العشر لانه اذا اخذ من ارض الخراج فلا شيء فيه لا عشر فيه ولا خراج كما بيناه **وقوله** الا ان يقال الذي
يكون منه دون العشر قوله صلى الله عليه وسلم [illegible] ما روى ابو سلمة عن ابي هريرة رضي الله عنه ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن ان في العسل العشر لان النحل يتناول من الانوار والثمار [illegible]
الله تعالى [illegible] من كل الثمرات [illegible] قوله ثم عند ابي حنيفة ظاهر [illegible]
شبابة وفي بعض النسخ بني سيارة وهي ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه ان بني شبابة قوم من
خثعم وقال في المغرب بنو شبابة من خثعم كانت لهم نحل عسالة يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من كل عشر قرب
قربة وكان يحمي لهم واديهم فلما كان في زمن عمر رضي الله عنه [illegible]
استعمل عليهم سفيان بن عبد الله الثقفي رضي الله عنه فابوا ان يعطوه شيئا فكتب في ذلك الى عمر رضي الله عنه
ان النحل ذباب غيث يسوقه الله تعالى الى من يشاء فان ادوا اليك ما كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فاحم لهم واديهم والا فخل بينها وبين الناس فدفعوا اليه العشر والقربة خمسة ارطال وقوله فكل قربة
ثلاثون رطلا الفرق بتحريك الراء اناء ياخذ ستة عشر رطلا وذلك ثلاثة اصوع نقله صاحب المغرب عن ثعلب وخالد
بن يزيد وقال الازهري والمحدثون على السكون وكلام العرب على التحريك وفي الصحاح الفرق مكيال معروف بالمدينة
وهو ستة عشر رطلا وقال قد يحرك ثم قال المطرزي قلت وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله الفرق ستة وثلاثون
رطلا ولا ادري هذا [illegible] من اصول اللغة **قوله** وكذا في قصب السكر يعني الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في
نصب [illegible] في القطن والزعفران فيعتبر عند ابي يوسف بقيمة حبة ادنى [illegible] وعند محمد خمسة [illegible]
فيما يوجد في الجبال الظاهر **وقوله** ان المقصود حاصل وهو الخارج يعني فلا معتبر بكون الارض [illegible]
العشر يجب على المستعير اذا زرع وان لم يكن الارض مملوكة له لما ان الخارج سلم له من غير عوض [illegible]
وكل شيء اخرجته الارض مما فيه الواجب العشري [illegible] او نصفه لا ترفع المؤنة [illegible] مثل اجر
العمال [illegible] يعني لا يبقى العدم وجوب العشر في قدر الخارج [illegible]
عشر [illegible] لانه قد يكون بمنزلة [illegible] بعوض [illegible]
سلم له من الخارج بقدر ما غرم من نقصان الارض [illegible] **ووجهه** قولنا ان النبي صلى
الله عليه وسلم حكم بتفاوت الواجب بتفاوت المؤنة لانه قال ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب
ففيه نصف العشر فاذا كان كذلك لم يكن لرفعها معنى لان رفعها يستلزم عدم التفاوت المنصوص عليه وهو
باطل **وبيانه** ان الخارج فيما سقته السماء اذا كان عشرين قفيزا [illegible] وما سقي بغرب
اربعين قفيزا والمؤنة [illegible] وعشرين قفيزا [illegible] فاذا رفعت كان الواجب [illegible]
من غير اعتبار المؤنة [illegible] المنصوص [illegible] ان ما سقي بغرب فيه نصف العشر
او نصف العشر [illegible] من حق الكلام ان يقول [illegible]
[illegible] **والجواب** ان الواجب العشري [illegible]
[illegible] وقوله تغلبي بكسر اللام منسوب الى بني تغلب [illegible] ذلك باجماع
الصحابة [illegible] في قصة عمر رضي الله عنه [illegible] في ذلك بان ان يكون الارض مملوكة في الاصل
اشتراها من مسلم وعن محمد [illegible] الوظيفة عنده [illegible]
في الاراضي الاصلية التي وقع الصلح عليها [illegible] فتضعف [illegible]
المسلم والعشر يؤخذ من المسلم فيضعف عليهم **وقوله** وان اشتراها يعني الارض التي عليها العشر المضاعف من

الامام من التغلبي ذمي فهي على حالها من العشر المضاعف عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر
على العاشر فان الذمي اذا مر على العاشر بمال الزكاة فانه يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم وقوله وكذا
اذا اشتراها منه مسلم يعني يبقى عشرها مضاعفا عند ابي حنيفة [illegible] بين التضعيف الاصلي
والحادث لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها كالخراج فان المسلم اذا اشترى ارضا
خراجية بقيت كما كانت وكذلك اذا اسلم صاحبها [illegible] يستغني عن بقاء العلة كالرمل والاضطباع
بقيا بعد زوال الحاجة الى اظهار الجلد [illegible] في التعزير [illegible] وقال ابو يوسف
يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف وهو الكفر الا ترى ان التغلبي اذا [illegible]
الشاة [illegible] منها شاتان فان باعها من مسلم [illegible] شاة واحدة [illegible]
مال الزكاة [illegible] وصف الى وصف الا ترى ان مال التجارة يبطل عنه الزكاة [illegible]
والسوائم [illegible] علوفة [illegible] **وقوله** قال في الكتاب اي في كتاب الزكاة
من المبسوط وهو العود الى عشر واحد [illegible] قال المصنف رحمه الله اختلف [illegible]
[illegible] قول محمد انه مع ابي حنيفة [illegible] ابي يوسف والاصح انه مع ابي حنيفة في بقاء التضعيف
على المسلم وما نقل من ظاهر ما تقدم **وقوله** ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذمي غير تغلبي فانما
[illegible] لان لفظ النصراني ولفظ الذمي يتناول التغلبي وغيره من النصارى وذكر [illegible]
من التغلبي [illegible] بقوله وقبضها [illegible]
عليه حتى اذا [illegible] بالشفعة [illegible] على البائع [illegible] كانت وهي المسألة الثانية والتي
[illegible] **وقوله** لانه [illegible] الكافر [illegible] انواع خراج وعشر واحد وعشر مضاعف
والعشر المضاعف [illegible] التغلبية وليس بموجود [illegible] فيه معنى القربة
والكافر ليس من اهلها [illegible] الخراج لانه [illegible] لكنه مؤنة فيها معنى العقوبة [illegible]
قوله اعتبارا بالتغلبي يعني [illegible] من المسلم اذا وجب اخذه من الكافر يضعف عليه كصدقة
بني تغلب [illegible] الوصف والخراج [illegible]
قوله [illegible] رواية [illegible] مصارف الصدقات وفي رواية [illegible] الخراج [illegible]
[illegible] المقاتلة بالاراضي الخراجية [illegible] وهي رواية ابن سماعة [illegible]
[illegible] ما كان لله تعالى بطريق العبادة [illegible] الكافر [illegible] مصارف الخراج **قوله** فان
اخذها منه مسلم [illegible] الارض [illegible] النصراني [illegible] بالشفعة [illegible]
البائع لفساد البيع [illegible] الاخذ بالشفعة [illegible] الشفيع [illegible]
اشتراها [illegible] ولو كان كذلك لما رجع الشفيع بالعيب على المشتري
اذا قبضها منه **والجواب** [illegible] الوكيل بالبيع فان المشتري [illegible]
بالعيب على الوكيل لحصول القبض منه حتى لو كان الشفيع قبضها من البائع [illegible]
المشتري [illegible] البيع [illegible] الفساد [illegible]
حق المشتري [illegible] **قال** [illegible]
[illegible] بالاضافة [illegible]
[illegible] الحرب [illegible]
[illegible] الاصل [illegible]
[illegible] العشر والخراج [illegible]

لأن المؤنة تحمل هنا بدود ربع الماء لأن وظيفة الاراضي باعتبار انزالها وهي انما يكون بالماء واستشكل
هذه المسئلة بان فيه توظيف الخراج عليه اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وههنا وجد منه ذلك وهو
الشق في ماء الخراج اذ الخراج يجب حقا للمقاتلة فيتحقق وجوبه بما حمى بالمقاتلة لا بما [illegible] اي المسلم اذا
احيا [illegible] منه باذن الامام وسقاها بماء الخراج وجب عليه الخراج ومعنى قوله في مثل هذا الارض التي
لم يستقر امره على عشر او خراج وهو احتراز عما اذا كان لمسلم ارض يسقيها بماء العشر وكذلك اشتراها ذمي لانه
ماؤها عشري وفيه الخراج **قوله** وليس على المجوسي في داره شيء قال شيخ الاسلام انما خصه بالذكر لانه
قيل لعمر رضي الله عنه ان المجوس كثيرا [illegible] فقال [illegible] ام المؤمنين [illegible] في القوم عبد الرحمن بن عوف رضي
الله عنه بذلك فعمل به وامر [illegible] ان [illegible] الضيم [illegible] توظفوا الخراج على الاصنيم بعدد الطاقة والزوجة
عن رقاب دنانير وعن رقاب الابحاد فيها [illegible] بنت العشر في حقهم مع كونهم ابعد عن الاسلام من
اليهود والنصارى بالطريق الاولى وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر
العشر عليه اذ فيه معنى القربة ويتعين الخراج وهو عقوبة [illegible] وللعامل [illegible] ان يكون
لان الحال ممن توضع عليه الوظيفة فان كانا لا [illegible] وجب عليه العشر فانه كان [illegible] فاقم هذا لان
المؤنة [illegible] الماء ووجب على المسلم العشر اذا سقى ارضه بماء الخراج والجواب ان الاعتبار [illegible]
قبول المحل [illegible] الحكم والكافر ليس بمحل لايجاب العشر عليه لكونه عبادة **فان قيل** كيف كان المسلم محلا
لايجاب الخراج وفيه الصغار [illegible] المسلم ليس بمحله فالجواب انه لا صغار في خراج الاراضي انما هو في خراج الجماجم
كذا ذكره شمس الائمة رحمه الله [illegible] ولكنه ليس بمحل له مطلقا اذا لم يظهر منه صنع يقتضيه والاول ممنوع
والثاني مسلم ولكنه قد ظهر منه ذلك وهو الشق بماء الخراج كما تقدم **قوله** على ما [illegible] بعض اراد الذي
اذا اشترى من مسلم ارضا عشرية وجب عند ابي يوسف عشر مضاعف وعند محمد عشر واحد نقل [illegible]
قولهما هذا وجب على المجوسي اذا سقى ارضه بماء العشر عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران [illegible]
من الجانبين قد [illegible] الروايتان عن محمد في [illegible] **قوله** ثم الماء العشري [illegible] الماء العشري والخراجي
فهو ظاهر والانهار التي سقاها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد ومرو ذو لا ان اصل تلك الانهار
نهر الترك [illegible] وصادف الارض خرجة [illegible] نهر يزدجرد بكسر الياء والدال المعجمة [illegible]
وظهرت في الارض العشرية ماؤها عشري اما التي تكون في الارض الخراجية فالمراد المتخر [illegible] التي تخرج
حكم الارض لكونه خارجا منها وقيل [illegible] وهو انه ذكر ان الارض العشرية ما يسقى من ماء العشر فلو كان ما
العشر من الابار والعيون ما يكون في الارض العشرية لم يعد شيئا لتوقف احدهما على الاخر والجواب ان الاراضي
العشرية حمسة انواع فارض العرب كلها عشرية وسيأتي تحديدها والثاني كل ارض اسلم اهلها طوعا والثالث
الاراضي التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين والرابع بستان مسلم كان داره فالحق بستانا والخامس الارض
الميتة التي احياها مسلم [illegible] من توابع الارض العشرية وما تخرج فيه انما يتصور في الرابع طوعا والتي فتحت
عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلها بستانا وسقيها آبارها او العيون التي فيها وجب العشر وان كانت الارض
الخراجية والمسلم [illegible] تعلى ما ذكر من اختلافهم في وجوب الخراج او الخراج او العشر الواحد او المضاعف وعلى هذا
اذا احياها مواتا وقوله لان الصلح جرى على تضعيف الصدقة اي على تضعيف ما يجب على المسلمين من العبادة
لا ما فيه معنا [illegible] ما دون المؤنة المحضة لانه كالخالية عن معنى العبادة كالخراج فمن وجب عليه من المسلمين
شيء من ذلك وجب على بني تغلب ضعفه وعلى الصبي والمرأة اذا كانا من المسلمين العشر فضعف ذلك اذا كانا
منهم وقوله وليس في عين القير والنفط العنبر القير الزفت والقار لغة فيه والنفط بفتح النون وكسرها وهو دهن

يكون

يكون على وجه الماء في العين وكلامه واضح **وقوله** وعليه في ارض الخراج خراج يجوز ان يكون معناه وعلى
عين القير والنفط خراج بان يمسح موضع القير اذا كان حريمها صالحا للزراعة ولا يمسح موضع العين
لانه لا يصلح للزراعة وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله وهو مختار ابي بكر الرازي لان حريمه
في الاصل [illegible] ما [illegible] صلحت [illegible] وهو [illegible] ما [illegible] فيه ومنهم من قال لا خراج فيها ولا
في ما حولها لانها لا تصلح للزراعة كالارض السبخة فيما الا يبلغها الماء وكان المصنف رحمه الله اختار
قول ابي بكر الرازي رحمه الله

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

لما ذكر الزكاة وما يلحقها من خمس المعادن وعشر الزروع احتاج الى بيان من يصرف اليه هذه الاشياء
شرع في بيانه في هذا الباب والاصل فيه اي فيمن يجوز الصرف اليه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء
والمساكين الاية فهي ثمانية اصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم وهم كانوا ثلاثة انواع نوع كان
يؤلفهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليسلموا ونوع اسلموا [illegible] باسلامهم ونوع منهم اسلموا لكن على ضعف
فيزيد تقريرهم لضعفهم ونوع منهم لدفع شرهم وهم مثل عيينة بن حصين والاقرع بن حابس والعباس بن
مرداس وكان هؤلاء رؤس قريش لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيهم خوفا منهم فان الانبياء
عليهم السلام لا يخافون احدا الا الله وانما اعطاهم خشية ان يكبهم الله على وجوههم في نار جهنم ثم
سقط ذلك في خلافة ابي بكر رضي الله عنه فبيلهم وجاؤا الى عمر رضي الله عنه فاستبدلوا الخط
ثابت من قحط ابي بكر رضي الله عنه وقال هذا شيء كان يعطيكم رسول الله صلى الله عليه وسلم
تاليفا لكم فاما اليوم فقد اعز الله الاسلام واغنى عنكم فان ثبتم على الاسلام والا فبيننا وبينكم السيف فعادوا
الى ابي بكر فقالوا انت الخليفة ام عمر [illegible] لنا الخط ومزقه عمر فقال هو ان شاء ووافقه على ذلك
انعقد الاجماع واختلف كلام القوم في وجه سقوطه بعد النبي صلى الله عليه وسلم فمنهم من الزكاة
جاز نسخ ما ثبت بالكتاب بالاجماع على ان الاجماع حجة قطعية كالكتاب وليس بصحيح من المذهب ومنهم من قال طريق
نسل انتهاء الحكم بانتهاء علته كانتهاء جواز الصوم بانتهاء وقته وهو النهار ورد بان الحاجة في البقاء لا يحتاج الى
علة كما في الرمل والاضطباع في الطواف وقد تقدم فانهما بقيا ولا يستلزم انتهاء [illegible] وفيه بحث قد ذكرناه في
التقرير وقال الشيخ العلامة علاء الدين عبد العزيز والاحسن ان يقال هذا تقرير لما كان في زمن النبي صلى
الله عليه وسلم من حيث المعنى وذلك ان المقصود بالدفع اليهم كان اعزاز الاسلام لضعفه في ذلك
الوقت لغلبة اهل الكفر فكان الاعزاز بالدفع ولما تبدل الحال بغلبة اهل الاسلام صار الاعزاز
في المنع وكان الاعطاء في ذلك الزمان والمنع في هذا الزمان بمنزلة الالة لاعزاز الدين والاعزاز هو
المقصود وهو باق على حاله فلم يكن نسخا كالمتيمم وجب عليه استعمال التراب للتطهير لانه الة متعينة لحصول
التطهير عند عدم الماء فاذا تبدل الحاله بوجدانه الماء سقط الاول ووجب استعمال الماء لانه صار متعينا لحصول
هذا المقصود ولا يكون هذا نسخا للاول فكذا هذا وهذا نظير ايجاب الدية على العاقلة فانها كانت واجبة
على العشيرة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبعده على اهل الديوان لان الايجاب على العاقلة بسبب النصرة
والانتصار في زمنه عليه السلام لم يكن نسخا بل كان تقريرا للمعنى الذي وجبت الدية لاجله فهو الانتصار
فكذا هذا وهو كلام حسن **وقوله** والفقير من له ادنى شيء تام **وقوله** ولكل وجه اما وجه الاول
فهو ان يكون المسكين اسوء حالا من الفقير فقوله تعالى او مسكينا ذا متربة اي لاصقا بالتراب من الجوع
والعري والحاجة ومن قال بالثاني وهو ان الفقير اسوء حالا من المسكين فقوله تعالى اما السفينة فكانت لمساكين

يكون في العقود الفاسدة تظهر في الوصايا والاوقاف والنذور لا في الزكاة فان صرفها الى صنف واحد
جائز عندنا ثم هما صنفان او صنف واحد حتى قال فيمن اوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين
ان لفلان نصف الثلث وللفريقين النصف الآخر وقال ابو حنيفة لفلان ثلث الثلث يجعلهما صنفين وهو
الصحيح كذا ذكره فخر الاسلام لان العطف يقتضي المغايرة وقوله والعامل يدفع اليه الامام ان عمل
هو الذي يبعثه الامام لجباية الصدقات يعطيه ما يسعه اي يكفيه واعوانه
فرغ نفسه لعمل امور المسلمين يستحق على ذلك رزقا كالقضاة والمقاتلة [illegible] على وجه الاجارة
لانها لا تكون الا على عمل معلوم او مدة معلومة باجر معلوم فلم يتقيد ذلك بالثمن خلافا للشافعي رحمه
الله فانه يعطيه ذلك لان التسمية تقتضي المساواة في الاصل فيكون بيانا للحصة وفيه نظر لان التسمية
ان اقتضت ذلك لاقتضى في سهم المؤلفة قلوبهم [illegible] بالاجماع سقط فلم يبق الا [illegible]

[illegible]

لان الله تعالى امرنا باستقبال الكعبة فاذا استقبلت جزءا منها كنت ممتثلا بالامر الا يرى ان الله تعالى ذكر الاصناف
باوصاف تنبئ عن الحاجة فعرفنا ان المقصود سد خلة المحتاج فصار وصفا واحدا في التحقيق وقوله هذا
بما ذكرنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق لما عرف ان الزكاة حق الله تعالى وبعلة الفقر
اي للحاجة صاروا مصارف لما ذكرنا انه تعالى ذكر الاصناف باوصاف تنبئ عن الحاجة فلا يبالي باختلاف جهاته
قوله ولا يجوز ان يدفع الزكاة الى ذمي [illegible] فالضمير في اغنيائهم يرجع الى المسلمين بالاجماع لان الزكاة لا تجب
على الكافر فكذا ضمير فقرائهم لئلا يختل النظم فان قيل هذا زيادة على النص وهو قوله انما الصدقات [illegible]
الواحد فهو لا يجوز اجيب بانه مشهور تلقته الامة بالقبول فجاز الزيادة به وقوله ويدفع ما سوى ذلك
من الصدقات اليه اي الى الذمي [illegible] دون الحربي والمستأمن [illegible] المسلمين اولى وقوله
تصدقوا على اهل الاديان كلها يقتضي شيئين احدهما ان يجوز الصرف الى الحربي والمستأمن [illegible]

[illegible]

وقوله ولا إلى عبد قد أعتق بعضه بعض العجز بأن يكون عبد بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه وهو معسر لا يجوز للتحري دفع زكوته إليه لأنه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما حر مديون عندهما وقوله وبخلاف امرأة الغني يعني فإنها تستحق الدفع إليها إذا كانت فقيرة وهو ظاهر الرواية وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أنه لا يجوز لأنها مكتفية المؤنة بما تستوجب النفقة على الغني حالة اليسار والإعسار فالصرف إليها كالصرف إلى ولد صغير لغني ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب والفرق بينهما وبين الولد الصغير للغني أنه يستوجب النفقة عليه بالجزئية وكان الصرف إليه كالصرف إلى الغني وقوله ولا يدفع إلى بني هاشم إلى قوله [illegible] ظاهر واعترض عليه بأن الشبهة بالوضوء على الوضوء كانت باعتبار وجوه [illegible] فيهما فلهذا أجاب صاحب الكتاب أن في الكرم حرمة التطوع أيضا وذكر في شرح الآثار أن الصدقة محرمة عليهم عندهما وعن أبي حنيفة فيهما روايتان فأجيب بأن المال في التطهير دون المال الأول المال المطهر حكما والماء مطهر حقيقة وحكما فيكون المال المطهر من وجه دون وجه فجعلناه متدنسا في الفرض دون النفل عملا بالجهتين وقوله وهم آل علي ظاهر وقوله وأما مواليهم فلما روي أن مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم هو أبو رافع روى صاحب السنن مسندا إلى أبي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث رجلا من بني مخزوم على الصدقة فقال لأبي رافع اصحبني فإنك تصيب منها فقال حتى آتي النبي صلى الله عليه وسلم فأتاه فسأله فقال إن مولى القوم من أنفسهم وإنا لا تحل لنا الصدقة فإن قيل لو كان مولى القوم منهم لما وجب الجزية على عبد كافر أعتقه القرشي لأنه لا جزية عليه أجاب بقوله بخلاف ما إذا أعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث تؤخذ منه الجزية يعتبر حال المعتق بنفسه لأنه هو القياس وإنما [illegible] المعتق بالمعتق في حق [illegible] لا غير [illegible] والإلحاق إنما كان بالنص في حق الصدقة فلا يتعدى ولهذا لا يحتمل مولى التغلبي الجزية دون الصدقة المضاعفة وقوله قال أبو حنيفة ومحمد على الآية أوجه أنما أن ظهر أنه كان محلا للصدقة حاله عنده أصلا فظهر أنه لم يكن محلا في الأول وليس يجوز بالاجتهاد فيه التأخير جاز عندنا أبي حنيفة ومحمد ولا إعادة عليه وهل يطيب للقابض وذكر الحلواني أنه لا رواية فيه واختلفوا فيه فقيل لا يطيب ويصنع بها ما يصنع بالصدقة [illegible] وقيل يرد على المعطي على وجه التمليك ليعيد الإيتاء وقال أبو يوسف عليه الإعادة لأنه ظهر خطأه بيقين وإمكان الوقوف على هذه الأشياء وصار كالأواني والثياب فإن من تحرى في الأواني [illegible] ظهر الخطأ [illegible] الطهارة إذا اختلطت بالنجسة فإن [illegible] ظاهرة [illegible] وأما الثياب الطاهرة إذا اختلطت بالنجسة [illegible] أما إذا غلبت الطاهرة [illegible] بالتحري ثم ظهر خطأه إعادة الصلاة وأما عدم [illegible] فلأن [illegible] مطلق فإذا صلى [illegible] معن بن يزيد [illegible] صدقته إلى رجل [illegible] فدفعها إلى ابنه معن فلما أصبح رآها معه فقال يا بني والله ما إياك أردت فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما أخذت وجه ذلك [illegible] الصدقة كانت فريضة أو تطوعا وذلك يدل على أن الحال لا يختلف ولأن مطلق الصدقة ينصرف إلى الفريضة وقوله ولأن الوقوف على هذه الأشياء يعني سيما أن الوقوف على هذه الأشياء إنما يكون بالاجتهاد دون القطع وما كان كذلك فالأمر فيه مبني على ما يقع عنده كما إذا اشتبهت عليه القبلة فإذا وقع عنده أنه مصرف [illegible] الأداء [illegible] في غير الغني فيما إذا ظهر أنه هاشمي أو كافر أو أنه أبوه أو ابنه لا يجزيه والظاهر هو الأول يعني الإجزاء في الكل وهذا أي عدم الإعادة إذا تحرى أما إذا لم يتحر [illegible] وقوله ولا يدفع زكاة ماله رجل لا يشك [illegible] و

قوله ولأن الوقوف على هذه الأشياء اقول [illegible] القطع في أبيه وابنه قال ابن الهمام [illegible] نجاسة الماء [illegible] على حقيقة [illegible] انتهى فيه تأمل سعدي أفندي

[illegible] روي أن يزيد

قوله لأن مطلق الصدقة ينصرف إلى الفريضة اقول [illegible] من الجهة [illegible] الاستدلال [illegible] الأعم [illegible] عدم وجوب صدقة [illegible] ما ذكره الشارح [illegible] قال [illegible] وإذا وقع الزكاة لرجل [illegible] القول الأول [illegible] سعدي أفندي

يحرى أو شك في أمره فلا ولا يكون به ما لم يتبين أنه غني لأن الفقر في الناس أصل والثاني أيضا أنه [illegible] ولو أن [illegible] حتى يعلم أنه فقير لأنه لما شك وجب عليه التحري كما في الصلاة فإذا ترك بعدما لزمه لم يقع الزكاة موقع الجواز إلا إذا ظهر أنه فقير لأن الفقر هو المقصود وقد حصل كالساعي إلى الجمعة [illegible] ودفع فإما أن يكون في أكبر رأيه أنه مصرف أو ليس بمصرف فإن كان الثاني لم يجزه إلا إذا ظهر أنه فقير فإذا ظهر هو الصحيح وزعم بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز كما لو اشتبهت عليه القبلة فتحرى إلى جهة القبلة ثم أعرض عن الجهة التي أدى إليها اجتهاده وصلى إلى جهة أخرى ثم تبين أنه أصاب القبلة لزمه إعادة الصلاة عند أبي حنيفة ومحمد والأصح هو الفرق فإن الصلاة لغير القبلة مع العلم لا يكون طاعة فإذا كان عنده أن فعله معصية لا يمكن إسقاط الواجب عنه به وأما التصدق على الغني صحيح وليس فيه من معنى المعصية شيء ويمكن إسقاط الواجب عنه إذا به محله بفعله فكان العمل بالتحري لحصول المقصود وقد حصل [illegible] فإن الأول فإن ظهر أنه غني [illegible] لا يجوز بالاتفاق وأن ظهر أنه غني فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف أولا ثم قال لا يلزمه الإعادة كما ذكرناه وهو قول أنا فيهم رحمه الله وقوله وهو الركن أي التمليك هو الركن في الزكاة كما مر قال ولا يجوز دفع الزكاة إلى من ملك نصابا من أي مال كان من النقود أو السوائم أو العروض وهو فاضل عن حوائجه الأصلية كالدين في المسكن والاحتياج في الاستعمال أو المعاش في عرضها لا يجوز دفع الزكاة إليه وعن هذا ذكر في المبسوط رجل له ألف درهم وعليه دين ألف درهم وله دار وخادم وفرس وسلاح لغير التجارة قيمتها عشرة آلاف درهم فلا زكاة عليه لأن الدين مصروف إلى المال الذي في يده لأنه فاضل عن حاجته معد للتقلب والتصرف فيه وكان الدين مصروفا إليه فأما الدار والخادم والفرس والسلاح فمشغول بحاجته فلا يصرف الدين إليه وعلى هذا قال أصحابنا أن العالم إذا ملك من الكتب ما يساوي مالا عظيما وكان يحتاج إليها يحل له أخذ الصدقة إلا أن يملك فضلا عن حاجته ما يساوي مائتي درهم وقوله فأما التي شرط وجوب الزكاة تجوز دفعها إلى من يملك أقل من ذلك وإن كان صحيحا مكتسبا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز دفعها إلى الفقير الكسوب لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي ولنا أنه فقير والفقراء هم المصارف ولأن حقيقة الحاجة لا يوقف عليها إلا بحقيقة وقد دليلها ظاهر وهو فقد النصاب فيقام مقامه كما في الإخبار عن المحبة فيما إذا قال إن كنت تحبيني فأنت طالق [illegible] وتأويل ما رواه حرمة الطلب ألا ترى إلى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقسم الصدقات فقام إليه رجلان يسألانه فنظر إليهما ورآهما جلدين فقال إنه لا حق لكما فيه وإن شئتما أعطيتكما معناه لا حق لكما في السؤال ألا ترى أنه جوز الإعطاء إياهما وقوله ويكره أن يدفع إلى واحد مائتي درهم فصاعدا كما قيل معناه إذا لم يكن له عيال ولا دين عليه فأما إذا كان معيلا فلا بأس بأن يعطيه مقدار ما لو وزعه على عياله أصاب كل واحد منهم دون المائتين لأن التصدق عليه في المعنى تصدق عليه وعلى عياله وإذا كان عليه دين فلا بأس بأن يعطيه ما يقضي دينه أو أكثر مقدار ما إذا قضى دينه بقي له دون المائتين ولذلك ذكر هذه المسألة في المبسوط مقيدا بهذين القيدين وأبو بكر أنه يعطيه من الزكاة مائتي درهم إذا لم يكن عليه دين أو عيال قال أبو يوسف لا بأس بإعطاء مائتي درهم ويكره أن يعطيه فوق المائتين وقال زفر لا يجوز أن يعطيه المائتين وجه قول أبي يوسف أن جزءا من المائتين مستحق لحاجته للحال والباقي دون المائتين فلا يثبت به صفة الغنى إلا أن يعطيه فوق المائتين وقال زفر [illegible] المائتين وجه قول زفر أن الغنى يثبت بالأداء لأن الأداء علة الغنى والحكم يقارن العلة كما في الاستطاعة مع الفعل وهذا مقرر عند علمائنا المحققين ذكره الإمام المحقق فخر الإسلام وغيره في أصول الفقه

بلا وزن

قوله لأن جهة تحراه عرض اقول أو لم يتحر فصلى إلى جهة ثم تبين إصابته. سعدي أفندي

قوله أما التصدق على الغني فصحيح اقول فيه بحث الآن يراد مجاوزه سيجيء التقصير في الهبة. سعدي أفندي

يحل له

يعني أن الشرط فيه عدم جواز الدفع ملك النصاب الفاضل عن الحوائج الأصلية ناميا أو كان غير نام وأما النامي فشرط وجوب [illegible] مستوى الخلق

المرة القوة. والسوي

خ

ولنا ما ذكرنا ان الغنا بحكم الاداء وحكم الشي يعقبه واعترضوا عليه بان حكم العلة الحقيقية لا يجوز ان يتاخر عنها كما قال بعض فما وجه هذا الكلام فمنهم من قال معنى قوله الغنى حكم الاداء الغنا حكم بحكم الاداء وذلك لان الاداء علة الملك والملك علة الغنا مضافا الى الاداء لكن بواسطة الملك فكان الاداء العلة الاولى بحكم الاداء شبيها بالسبب والسبب الحقيقي هو الذي يتقدم على الحكم حقيقة وما كان له شبهة السبب من العلل له شبهة التقدم فكان هذا من قبيل شرى القريب للاعتاق فان الشرى علة الملك والملك في القريب علة العتق بالحديث فكان العتق حكم الشرى فلذلك جازت نية الكفارة عند الشرى لشبهه تقدم الشرى على العتق لوجود الواسطة والشبه لكلام المصنف ما يشعر به وقال في الاسلام الاداء بلاغ الفقير فانما يثبت الغنا حكمه وحكم الشي يتصل بما تعلق الاداء المانع ما سبقه الحقيقة وكجواز احتمال البطلان لانه البقاء يستغني عن الغير وهذا يشير الى التاخر كما ترى والحكم لا يتاخر عن العلة الحقيقية فاذا قيل الحكم يعقب العلة في العقل ويقارنها في الوجود فانظر الى التاخر العقلي لا النظر الى التقارن الخارجي بكرم ولعله المراد بقوله لقربه منه **وقوله** فان تعني به انما الحسن العدد الخطاب ابي حنيفة لابي يوسف رحمهما الله واحتجا ايضا بعد الكلام فيه صيانة المسلم عن ذل السؤال مع اداء الزكاة فلهذا قال ابي ان من اراد ان يتصدق بدرهم فاشترى به فلوسا ففرقها فقد قصر في امر الصدقة ومعناه الاغناء عن السؤال في يوم ملكه نصابا لان الاغناء مطلقا مكروه كما تقدم **وقوله** ويكره نقل الزكاة من بلد الى بلد قال الامام ابو الحسن القدوري يكره نقل الزكاة الى بلد اخر وهذا اذا نقل الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده اما اذا نقل اليهم فانه يجوز بلا كراهة لما فيه من الصلة والاول لان المحرم لطلق الفقراء بالنص فانتفت الكراهة فلحديث معاذ ولان في النقل ترك رعاية حق الجوار فاما عدم الكراهة في اذا نقل الى قرابته فلما فيه من اجر الصدقة واجر الصلة واما الى قوم هم احوج من اهل بلده فلان المقصود سد خلة الفقير فمن كان احوج كان اولى وقد صح عن معاذ انه كان يقول ايتوني بخميس او لبيس منكم في الصدقة فانه ايسر عليكم وانفع للمهاجرين بالمدينة والخميس الثوب الصغير طوله خمسة اذرع واللبيس الخلق **وطولبت** بالفرق بين هذه المسئلة وبين صدقة الفطر فانه اعتبر هناك مكان المال وفي صدقة الفطر من يجب عليه في ظاهر الرواية **واجيب** بان وجوب الصدقة على المولى في ذمته عن راسه وعن من يجب عليه وراسهما اليه في حقه كما سيجيء في وجوب المؤنة التي هي سبب الصدقة فيجب حيث ما كانت رؤسهم واما الزكاة فانها تجب في المال ولهذا اذا هلك سقطت فاعتبر مكانه

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر لها مناسبة بالزكاة والصوم اما بالزكاة فلانهما من الوظائف المالية مع انحطاط درجتها عن الزكاة واما بالصوم فلاعتبار الترتيب الوجودي فان شرطها الفطر وهو بعد الصوم قال صاحب النهاية وانما رجح هذا الترتيب لان المقصود من الكلام هو المضاف لا المضاف اليه خصوصا اذا كان مضافا الى شرطه والصدقة عطية يراد بها المثوبة من الله تعالى سميت بها لانها تظهر صدق الرغبة في تلك المثوبة كالصداق يظهر به صدق رغبة الرجل في المرأة **قال** صدقة الفطر واجبة الوجوب ها هنا على معناه الاصطلاحي وهو ما ثبت بدليل فيه شبهة على ما ذكره في الكتاب **وقوله** فاضلا عن مسكنه قال في النهاية حتى لو كان له داران دار يسكنها واخرى لا يسكنها ويؤاجرها او لا يؤاجرها يعتبر قيمتها في الغنى حتى لو كانت قيمتها مائتي درهم وجبت عليه صدقة الفطر **وقوله** وعبيده يعني التي للخدمة فان التي تكون للتجارة فيها الزكاة **وقوله** صغيرا او كبيرا

سنتان الحكم ولا يجوز ان يكون اصفتين لمجرد عند لانه لا تجب صدقة الفطر عن ذلك الكبير في الحديث بيان لوجوبها وبيان وجوبها وشرطها ومقدار الواجب وبيان من يجب عليه ومن يجب عنه **وقوله** رواه ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العذري قال الامام حميد الدين الضرير رحمه الله العذري يعني بالعين والذال المعجمة منسوب الى بني عذرة اسم قبيلة والعدوي منسوب الى عدي وهو جده واهل الحديث يقولونه كذلك ابو صعير العذري **وقوله** الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب وهو اي الحديث حجة على الشافعي في ايجابه على من يملك الزيادة على قوت يومه لنفسه وعياله لانه لا اعتبار بدلك الحديث ابن عمر رضي الله عنهما اغنوهم عن المسألة في مثل هذا اليوم الا بتمامها قوله صلى الله عليه وسلم انما الصدقة ما كان عن ظهر غنى دائما على الندب لانه قال في اخره اما غنيكم فيزكيه الله واما فقيركم فيعطيه الله افضل مما اعطى **قوله** وقد يقدر النصاب ظاهر **وقوله** ولا يشترط النمو يعني لا يشترط ان يكون النصاب ناميا لانها وجبت بالقدرة الممكنة وانما يشترط فيما يكون وجوبه بالقدرة الميسرة كالزكاة على ما عرف في الاصول **وقوله** ويتعلق بهذا النصاب يشير الى وجوب النصاب وهي ثلاثة نصاب يشترط فيه النماء يتعلق به الزكاة وسائر الاحكام المتعلقة بالمال النامي وقد تقدم بيانه ونصاب يجب به احكام اربعة حرمة الصدقة ووجوب الاضحية وصدقة الفطر ونفقة الاقارب ولا يشترط فيه النمو لا بالتجارة ولا بالحول ونصاب يثبت به حرمة السؤال وهو ما كان عنده قوت يومه عند بعضهم وقال بعضهم ان يملك خمسين درهما **وقوله** يخرج ذلك اي المقدار المذكور عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الذكر والانثى والحر والمملوك صاعا من تمر او صاعا من شعير فعدل الناس به نصف صاع من بر **قوله** لان السبب راس يمونه ويلي عليه لانه يضاف اليه يقال زكاة الراس والاضافة امارة السببية لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوهه اضافة المسبب الى سببه لحدوثه به فان قيل لو كانت الاضافة امارة السببية لكان الفطر سببا لاضافتها اليه يقال صدقة الفطر وليس كذلك عندكم اجاب بقوله والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته وكانت اضافة مجازية ولهذا يتعدد الصدقة بتعدد الراس مع اتحاد اليوم فعلم ان الراس هو السبب دون الوقت فان قيل قد يتكرر الوقت في السنة الثانية والثالثة وهلا جاز ان يكون الراس دون الوقت هو السبب لما كان الوجوب متكررا مع اتحاده اجيب بان الراس انما جعل سببا بوصف المؤنة ويتكرر بمضي الزمان فصار الراس باعتبار تكرر وصفها كالمتكرر بنفسه حكما فكان الشيء المتكرر حكما **قوله** والاصل في الوجوب راسه ظاهر **وقوله** فانه كان دما لكه بالجنايات والعبيد المدبرين وامهات الاولاد دون المكاتبين على ما سنذكره **قوله** وهو لهم ما لم يؤدي عن ما لهم عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد وزفر رحمهما الله وهو القياس لا يؤدي الاب من مال نفسه ولو ادى من مال الصغير ضمن لانها زكاة في الشريعة كزكاة المال فلا تجب على الصغير كما دة والصغير ليس باهل لوجوبها وجه الاستحسان ان الشرع اجراها مجرى المؤنة حيث اوجبها على الانسان من جهة غيره فاشبه النفقة ونفقة الصغير في ماله اذا كان له مال فكذا يؤدي عن الصغير من ماله وكذلك عن مماليك الصغير والمجنون في ذلك بمنزلة الصغير **قوله** ولا يؤدي عن زوجته قال الشافعي رحمه الله تجب على الرجل ان يؤدي صدقة الفطر عن زوجته لقوله صلى الله عليه وسلم ادوا عن من تمونون وهو يمون زوجته ولنا ما ذكره في الكتاب ووجهه انه صلى الله عليه وسلم ذكر المؤنة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل وليس عليه مؤنتها كاملة لانه لا يمونها في غير الرواتب كالمداواة وكذلك لا يتمون الولاية ولذلك ليس له عليها الولاية الا في حقوق النكاح ولا يؤدي عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله بان يكونوا فقراء زمنى لانه لا يستحق عليهم ولاية فصاروا كالاجانب **قوله** فلو ادى عنهم

ظاهر كوهو استحسان والقياس ان لا يجب كما اذا ادى الزكاة بغير اذنها وجه الاستحسان ان الصدقة في
معنى المؤنة فيجوز ان يسقط باداء الغير وان لم يوجد الاذن صريحا ولا تخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا
لا يمونه في المكاتب عن نفسه لفقره لانه لا يملك مالا وما كان كذلك ليس من اهل ملك المال وقدرته
في التصرف على وجه لم يستوعب الكه فليطلب ثمه وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة لا انعدام
بالتدبير والاستيلاد ولا تجب على العامل المالية ولا عن عارها لانه لا يؤدي عن نفسه واولاده الصغار لا
مالية فيهم ولا تخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي لان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكاة على
المولى فيهما حقان ثابتان في محلين مختلفين فلا تنافي بينهما في اجتماعهما وعندنا وجوبها على العبد
ووجوب الزكاة على المولى بينهما بسبب العبد كالزكاة فلو اوجبناها عليه اداها الى الثنا وهو لا يجوز
لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا ثني في الصدقة والثني مكسور مقصور اي لا تؤخذ في السنة مرتين
فالمحل بسبب الزكاة فيهم المالية وسبب الصدقة مؤنة رؤوسهم ومحل الزكاة بعض النصاب ومحل الصدقة
الذمة فاذا اختلفا ومختلفان سببا ومحلا فلا يؤدي الى الثني لان الثني عبارة عن تثنية شيء واحد وهما
شيئان فكانا كنفقة عبد التجارة مع الزكاة **أجيب** بان الشرع جعل هذه الصدقة على المؤنة فقال
ادوا عمن تمونون وهذا العبد معد للتجارة لا للمؤنة والنفقة التي تخرجها فيهم لطلب الزيادة منهم فكان
ما نظ العبد بحكم القصد الا ترى ان المضارب يملك هذا الانفاق وهو عبرنا دون الا بالتجارة واذا
سقطت المؤنة حكما في مال التجارة اشبه السقوط حقيقة ولو سقطت حقيقة بالاباق او الغصب او
الكتابة سقطت الصدقة لعدم المؤنة فكذا هذا فعلم بهذا ان سقوط الفطر ههنا لعدم سبب الوجوب
وهو المؤنة لا للتنافي بين الواجبين **قوله** والعبد بين الشريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة
في حق كل واحد فقد تقدم ان الولاية والمؤنة الكاملتين سبب ولم يوجدا **قوله** وكذا العبيد بين اثنين يعني
لا تجب الصدقة عند ابي حنيفة وقالا على كل واحد ما يخصه من الرؤوس دون الاشقاص اي الكسور حتى لو كان
بينهما خمسة اعبد يجب على كل واحد منهما صدقة الفطر عن العبدين ولا يجب عن الخامس ابو حنيفة مر على
اصله فانه لا يرى قسمة الرقيق جبرا فلا يملك كل واحد منهما ما يسمى عبدا ومحمد كذلك فانه يرى قسمة الرقيق
جبرا وباعتبار القسمة ملك كل واحد منهما في البعض مثاله ملحق ابي يوسف لمحمد ههنا مخالف لما ذكر في
المبسوط حيث قال ان كان بينهما مماليك للخدمة فعلى قول ابي حنيفة لا يجب على كل واحد منهما صدقة الفطر
عنهم وعند محمد يجب على كل واحد منهما الصدقة في حصته اذا كانت كاملة في نفسها وعن ابي يوسف
مضطرب والاضافة قوله الى قول ابي حنيفة وغيره ان القسمة تبتني على الملك واما وجوب الصدقة فيبتنى على
الولاية لا على الملك حتى تجب الصدقة فيما لا يملك له كالولد الصغير وليس لواحد منهما ولاية كاملة على شيء من
هؤلاء الرؤوس وجه قوله اذا كان بقول محمد هو ما ذكر في الكتاب وهما يريان ... وقيل هو بالاجماع اي عدم
وجوب الفطر في العبد بين اثنين بالاجماع على قول الثلاثة لانه لا يجتمع نصيب كل واحد من الشريكين **قوله**
ويؤدي المسلم الفطرة اي صدقة الفطر عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا من حديث ثعلبة في اول الباب
وهو قوله صلى الله عليه وسلم ادوا عن كل حر وعبد ولقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس رضي
الله عنهما ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي ولان السبب قد تحقق وهو رأس يمونه ويلي
عليه والمولى من اهله اي من اهل الوجوب لانه الضمير في قوله الذي كان المشهور قائم مقام الذكر وفيه خلاف
الشافعي لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من اهله هو يستدل لاثبات هذا الاصل بحديث ابن عمر رضي الله
عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر على كل حر وعبد فان كلمة على للايجاب ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم ادوا عمن تمونون فانما الوجوب على من خوطب بالاداء وهو المولى على مملوكه فيستغني عليه اذ العبادة وكلمة

وفي العادة ان الزوج هو الذي يؤدي عنها فكان الاذن ثابتا عادة بخلاف الزكوة فانها عبادة محضة لا تتادى بدون الاذن صريحا كذا

على في قوله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون اي عن الناس ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق واما
عندنا فظاهر لان المولى ليس باهل للوجوب عليه ولا للاداء واما عنده فلان تحمل المولى عن مملوكه يقتضي
اهلية الاداء والكافر ليس باهل له والوجوب عنه باعتبار تحمل المولى الاداء عنه فاذا انعدم
ذلك في حق المملوك لم يجب اصلا ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له حتى اذا تم البيع
فعلى المشتري وان انتقض فعلى البائع **وقوله** معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق قال الامام حميد
الدين الضرير رحمه الله في شرحه هذا من قبيل اطلاق اسم الكل وارادة البعض لانه مضى كل يوم الفطر
ليس بشرط وقال زفر على من له الخيار لان سبب الصدقة الولاية الكاملة لمن له الخيار لانه ان اجاز
تم وان لم يجز انفسخ وقال الشافعي على من له الملك وهو المشتري فان مذهبه ان خيار الشرط لا يمنع
ثبوت الملك للمشتري كخيار العيب كذا في النهاية لانه اي لان صدقة الفطر بمعنى المؤنة من وظائف
الملك وما هو كذلك فانه على المالك كالنفقة فانها في مدة الخيار على المالك ولنا ان الملك موقوف
يعني سلمنا انها وظيفة الملك لكن الملك موقوف لانه لو رد لعاد الى قديم ملك البائع ولو اجيز ثبت الملك للمشتري
من وقت العقد وكل ما كان موقوفا فالمبني عليه كذلك لان التردد في الاصل يستلزم التردد في الفرع
بخلاف النفقة فانها وان كانت تبتني على الملك لكنها تثبت للحاجة الناجزة اي الواقعة في الحال فلا تقبل
التوقف وهذا الجواب بطريق التنزل لا بحسب الواقع فانها لو كانت وظيفة الملك لما وجبت عليه عن
نفسه واولاده الصغار وزكوة التجارة على هذا الخلاف يعني اذا اشترى رجل عبدا للتجارة فباعه بعروض
التجارة على انه بالخيار فحال الحول والخيار باق فزكوته على من يصير له الملك او على من له الخيار او على من
له الملك لان العروض بدل العبد وحولان الحول على البدل كحولانه على المبدل كذا نقل عن حميد الدين
الضرير وقيل صورته لاحدهما عشرون دينارا وللآخر عرض يساويه في القيمة وقبل الحول بهما على الشراء
ففي آخر الحول باع صاحب العرض عرضه من الآخر بشرط الخيار له او للمشتري فان كان قيمة العرض في ملك
الخيار قبل تمام الحول ثم تم الحول فان تقرر الملك للبائع يجب عليه بحصته الزيادة شيء فان تقرر للمشتري
يجب عليه ذكرنا ايضا

فصل في مقدار الواجب ووقته

لما ذكر وجوب صدقة الفطر ومن يجب عليه ومن لا يجب عليه شرع في بيان ما يؤدي به صدقة
الفطر وقدره وكلامه واضح وقوله لحديث ابي سعيد الخدري روي عن مروان بن الحكم انه كتب الى ابي سعيد
الخدري يسأله عن صدقة الفطر فقال انا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من الطعام او
صاعا من تمر او صاعا من شعير ولنا ما روينا يعني في اول الباب من حديث ثعلبة بن صعير وهو مذهب
جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم قال ابو الحسن الكرخي رحمه الله لم ينقل عن احد منهم
انهم لم يجوزوا نصف صاع من بر وما رواه محمول على الزيادة تطوعا **وقوله** ولهما في الزبيب انه اي الزبيب
والتمر يتقاربان في المقصود وهو التفكه والاحلاء قوله لانه يشبه التمر من حيث انه حلو ماكول ولو نجح كالتمر ...
وقوله ومراده اي مراد محمد في رواية اصحاب الحديث من قوله او دقيق او سويق ما يتخذ من البر ...
كلفته والاولى ان يراعى فيهما اي في الدقيق والسويق القدر والقيمة احتياطا حتى اذا كانا منصوصا
عليهما بما ذكر باعتبار القدر وان لم يكونا فباعتبار القيمة وتفسيره ان يؤدي نصف صاع من دقيق البر يبلغ
قيمته قيمة نصف صاع من بر واما لو ادى منا ونصف من دقيق البر ولكن تبلغ قيمته قيمة نصف
صاع من بر لا يكون عاملا بالاحتياط **وقوله** وانه نص على الدقيق في بعض الاخبار يريد به ما روى ابو

والولاية الكاملة

وهو قوله ... في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير

ولكن لا يبلغ قيمته قيمة نصف صاع ... اذا ادى نصف صاع من دقيق البر

هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ادوا قبل خروجكم زكاة فطركم فان على كل مسلم مدين من قمح او دقيقه **وقوله** ولم يبين ذلك في الكتاب اي لم يبين مراعاة الاحتياط فيهما بالعدد والقيمة لم يبين محمد في الجامع الصغير اعتبار العدد والقيمة فيهما نصف صاع من الدقيق يساوي نصف صاع من البر او يزيد وان كان يتوهم انه لا يكون كذلك في بعض الاوقات وهو وقت البذر فكذلك امر بالاحتياط احترازا وقع ذلك يريد من الدقيق الى ان يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من البر والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح خلافا لبعض المتاخرين فانهم قالوا لا يجوز باعتبار العين فانها اذا ادى منوين من خبز الحنطة جاز الدقيق والسويق باعتبار العين في الخبز اولى لانه انفع للفقير والصحيح هو الاول لانه لم يرد في الخبز نص فكان بمنزلة الذرة والاصل ان ما هو منصوص عليه لا تعتبر فيه القيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر او اكثر لا يجوز لان في اعتبار القيمة ابطال التقدير المنصوص عليه في المؤدى وهي لا يجوز فاما ما ليس بمنصوص عليه فانه يلحق بالمنصوص عليه باعتبار القيمة اذ ليس فيه ابطال لكنهم يعتبرون نصف صاع من بر وزنا فيما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله لان العلماء لما اختلفوا في مقدار الصاع انه ثمانية ارطال او خمسة ارطال وثلث رطل فقد اتفقوا على التقدير بما يعدل بالوزن وذلك دليل على اعتبار الوزن فيه وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله قال قلت له لو وزن الرجل منوين من الحنطة واعطاها الفقير هل يجوز من صدقته فقال لا فقد تكون الحنطة ثقيلة في الوزن وقد تكون خفيفة فانه يعتبر نصف الصاع كيلا لان الاثار جاءت في التقدير بالصاع وهو اسم للمكيال والتقدير اولى من الرد الى القيمة **قال** والصاع عند ابي حنيفة ومحمد ثمانية ارطال بالرطل العراقي في كل رطل عشرون استارا والاستار ستة دراهم ونصف وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم صاعنا اصغر الصيعان وهذا اصغر بالنسبة الى ثمانية ارطال ولنا ما نقل انس وجابر انه صلى الله عليه وسلم كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر وقد فقد فاخرجه الحجاج وكان يمتن على اهل العراق بقوله في خطبته يا اهل العراق يا اهل الشقاق والنفاق ومساوي الاخلاق الم اخرج لكم صاع عمر ولذلك سمي حجاجيا وهو صاع العراق **وقوله** وهو اصغر من الهاشمي جواب عن قول ابي يوسف يعني ان صح ما رويتم فهو ليس بحجة لانه اصغر من الهاشمي لان الصاع الهاشمي اثنان وثلاثون رطلا وكانوا يستعملون الهاشمي والنبي صلى الله عليه وسلم استعمل العراقي وقال صاعنا اصغر الصيعان **وقوله** ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر يعني يتعلق وجوب الاداء بالشرط ثم يعني تعلق المشروط بالشرط لا بمعنى تعلق الحكم بالسبب حتى اذا قال لعبده اذا جاء يوم الفطر فانت حر فجاء يوم الفطر عتق العبد ولا يجب على المولى صدقة فطره قبل العتق بلا فصل لان المشروط يعقب الشرط في الوجود وقال الشافعي بغروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر تجب عليه الفطرة عندنا وعنده لا تجب **وقوله** وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده اي عندنا لا تجب لعدم تحقق شرط وجوب الاداء وهو طلوع الفجر من يوم الفطر وعنده تجب لتحقق شرط وجوبه وهو غروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان وهو محله اتفاقي وجوب الفطرة يختص بالفطر لما روي ان ابن عمر قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان وهذا وقته اي وقت الفطر ولنا ان الصدقة اضيفت الى الفطر والاضافة للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون الليل اذ المراد فطر يضاد الصوم وهو في اليوم لان الصوم فيه حرام لا في الليل لان الفطر كان يوجد في كل ليلة من رمضان ولا يتعلق الوجوب به فدل على ان المراد به ما يضاد الصوم **وقوله** والمستحب ظاهر **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول الحسن بن زياد وخلف بن ايوب ونوح بن ابي مريم فان الحسن بن زياد يقول لا يجوز تعجيلها اصلا

كالاضحية وقال خلف بن ايوب يجوز تعجيلها بعد دخول شهر رمضان لا قبله فانها صدقة الفطر ولا فطر قبل الشروع في الصوم وقال نوح بن ابي مريم يجوز تعجيلها في النصف الاخير من رمضان لا في النصف الاول الفطر الخاص فاختلفوا ومنهم من قال في العشر الاخير من رمضان ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب من انه اي بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكاة وعن هذا قال في الخلاصة لو ادى عن عشر سنين او اكثر جاز **وقوله** وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط يعني فان تطاولت المدة وكان عليهم اخراجها وقال الحسن تسقط يعني بمضي يوم الفطر لانها قربة اختصت بيوم العيد فكانت كالاضحية تسقط بمضي ايام النحر ولنا ما ذكره انه وجه القربة فيها معقول لانها صدقة مالية وهي قربة مشروعة في كل وقت لدفع حاجة الفقير والاغناء عن المسألة فلا يتعلق بوقت الاداء فيها بل يجوز ان يتعدى الى غيره فلا تسقط بعد الوجوب الا بالاداء كالزكاة بخلاف الاضحية فان القربة فيها اراقة الدم وهي لم تعقل قربة ولهذا لم تكن قربة في غير هذه الايام فيقتصر على مورد النص والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الصوم

ذكر محمد في الجامع الكبير كتاب الصوم عقيب كتاب الصلاة لان كل منهما عبادة بدنية بخلاف الزكاة واخر عن الزكاة هاهنا لانه كالوسيلة للصلاة باعتبار ارتياض النفس ولكن لا على وجه يتوقف امر الصلاة عليه وجوازا او صحة كما كانت الطهارة كذلك فاخرتها عنها الرتبة الوسيلة عن المقصود وقيل قدم الزكاة على الصوم لان الله تعالى قرن ذكر الزكاة بالصلاة في قوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا الزكاة فكان الاقتداء بالكتاب اولى كان اسهل ماخذا ويحتاج هاهنا الى معرفة تفسير الصوم لغة وشريعة ومعرفة سببه وشرطه وركنه وحكمه في كلامه اشارة الى الكل ما خلا الفطن يكتفي بذلك **قال** الصوم ضربان واجب ونفل ذكر التقسيم قبل التعريف ليسهل امر التعريف كذا في النهاية ومعناه ان حقيقة الصوم شرعا ينقسم الى فرض وواجب ونفل وتعريفها على وجه يشملها عسر فاذا ذكر اقسامها سهل امر تعريفها وكلامه كما ترى ضعيف لانه اطلق الواجب في لفظ المختصر واراد به الفرض والواجب وفي ذلك الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو ممنوع على مذهبنا ويمكن ان يقال اراد بالواجب الثابت علينا فيندفع المحذور **قوله** والمنذور يجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم بناء على ان الامر للوجوب وكان الواجب ان يكون فرضا لكونه ثابتا بالكتاب كصوم رمضان واجيب بانه قد خص من الاية بالاتفاق المنذور الذي ليس من جنسه واجب شرعا كعيادة المريض وما ليس بمقصود في العبادة كالمنذور بالوضوء لكل صلاة والنذر بالمعصية فلما خصت هذه المواضع تنزلت في جهة محرورة عن موجبة قطعا كالاية المؤولة فصار الواجب فيه نظرا لان من شرط التخصيص المقارنة والمخصص هنا معلوم فضلا عن معرفة كونه مقارنا او لا وفي قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه خصت منه الحائض والصبيان واصحاب الاعذار وقد ثبت به الفرضية واقول في الجواب عنه لا نسلم ان الامر للتفريع الثابت عما وجب عليه بالشرع فقال النبي من الشارع كشهود الشهر في رمضان يكون الثابت به فرضا وان كان من العبد يكون واجبا كالمنذور فرقا بين ايجاب الرب وايجاب العبد ثم الامر الوارد من الشارع يكون لاداء ذلك وحينئذ لا يلزم ان يكون لفظ امر مفيدا للفرضية كما افادها للنصيه لاختلاف السبب الموجب وهذا يغني عن الجواب عن الثاني وقد قيل في الجواب عنه ان العقلاء على عدم دخول الحائض والصبيان واصحاب

قوله لان كلا منهما عبادة بدنية اقول كون الصوم عبادة بدنية باعتبار انه ترك الاعمال البدنية. سعدي افندي

قوله حطا لرتبة الوسيلة عن المقصود اقول المراد بالمقصود هاهنا الصلاة نظرا الى ذكر الزكاة مقصودة فتقدم على الصوم نظرا الى كونه وسيلة الصلاة. سعدي افندي

قال الصوم ضربان اقول اي الصوم المعتد به شرعا الموعود له بالثواب. سعدي افندي

قوله فلهذا يكفر جاحده بضم الياء وفتح الكاف وتشديد الفاء اي يحكم بكفر جاحده وعندنا لا يكفر اهل قبلتنا الا انهم كفار

الاعذار فلا يكون ذلك داخلا فلا يكون تخصيصا وسببه اي سبب اداء الفرض الشهر لانه يضاف اليه والاضافة دليل السببية على ما تقدم ويتكرر بتكرره فانه كلما دخل رمضان وجب صومه فذلك ايضا دليل السببية وكل يوم سبب وجوب صوم ذلك اليوم لان صوم رمضان بمنزلة عبادات متفرقة لانه تخلل بين يومين زمان لا يصلح للصوم لا قضاء ولا اداء وهو الليالي فصار كالصلوات وهذا اختيار صاحب الاسرار وفخر الاسلام وقال شمس الائمة السرخسي الليالي والايام في السببية سواء وقد عرف ذلك في الاصول **وقوله** وسببه اي سبب المنذور والمعنى هو النذر **وقوله** والنية من شرطه اي من شرط الصوم بانواعه وتسمية اي سببيته شرط الصوم وتفسيره اي تفسير ذلك الشرط واراد ببيان النية ما ذكر بعد هذا عند قوله ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة المقترنة باكثره واراد بتفسيرها تفسير ما ذكر بقوله والنية لتعيينه لله تعالى لان النية عبارة عن تعيين بعض المحتملات وكان ما ذكر تفسير النية كذا في بعض الشروح **وقوله** وجه قوله في الخلافية اي المسألة الخلافية وهي ان النية قبل الزوال تجزيه عندنا خلافا للشافعي قوله صلى الله عليه وسلم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل والصيام مصدر كالقيام **وقوله** ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية **وقوله** لانه يتجزى عنده ذكره في الوجيز اذا نوى الغزالي يجوز نية التطوع قبل الزوال وبعده لان هذا بشرط ان يخلو اول اليوم عن الاكل وروي ان ابن سريج من اصحابه لم يشترط ذلك **ولنا** قوله صلى الله عليه وسلم بعدما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وهذا لا يقبل التاويل وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل يعني انه معنى قوله لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل لا صيام لمن لم ينو ان صيامه من الليل بل ينوي ان يصامه من وقت النية كما في الصلاة اذا تعلقت بفعل معقول وامكن تعلقها بكل واحد منهما فانها تتعلق بالفعل دون المعقول كما تقال اتيت فلانا من بغداد فان كلمة من تعلقت بالاتيان لا بالمعقول كذلك هاهنا **فان قيل** بانه كذلك لكنه يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه عملا بالنصوص فيحمل قوله فليصم يحتمل الصوم اللغوي فيحمل عليه عملا بالنصوص **اجيب** بانه لا يحتمل ذلك هاهنا لانه لو كان كذلك لكان الاكل وعدمه سواء ولا فائدة في قوله ومن لم ياكل **وقوله** ولانه دليل معقول لعجز نعرضه على هذا الوجه سلمنا ان ما رواه ليس محمولا على نفي ما ذكرنا فيكون معارضا لما رويناه فيصار الى ما بعده من الحجة وهو القياس وهو معنا لانه صوم يوم لان الصوم فيه فرض وكل ما هو يوم صوم يتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة المقترنة باكثره كالنفل وهذا لان توقف الامساك على ما ذكرنا لان الصوم ركن واحد ممتد يحتمل العادة والعبادة وكل ما هو كذلك يحتاج الى ما هو بعينه للعبادة وهو النية فانها شرطت لتعيينه لله تعالى فان وجدت من اوله فلا كلام وان وجدت في الاكثر جعلت كانها وجدت من اوله لان بالكثرة يترجح جنبة الوجود على العدم فان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من المواضع لذلك واذا كان لم يكن قران النية بحال الشروع شرطا كالصلاة والحج يشترط اقتران النية بحال الشروع فيهما ولا يجعل الاكثر كالكل لان لهما اركانا مختلفة كالركوع والسجود والوقوف والطواف فشرط قرانها بالعقد على اداءها لئلا يخلو بعض الاركان عن النية **وقوله** بخلاف القضاء جواب عما يقال لو كان الصوم ركنا واحدا ممتدا والنية المتاخرة فيه جائزة لذلك لم يكن في القضاء اشتراط النية من الليل ووجهه انما كان كذلك لانه اي الامساك يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل والمعنى صوم اليوم ما تعلقت شرعيته بمجيء اليوم لا بسبب آخر بخلاف القضاء والكفارة فيكون الصوم قد وقع عنه فلا يمكن جعله من القضاء الا بان يبتغ منه وذلك انما يكون بنية من الليل **وقوله** وبخلاف ما بعد الزوال جواب عما يقال لو كان ركنا واحدا ممتدا ينبغي ان يكون اقترانها بالقليل والكثير سواء ووجهه ان الاصل ان تكون النية مقارنة

حالة الشروع ولكن تركنا ذلك اذا قارنت الاكثر لقيامه مقام الكل ولم يوجد فيما بعد الزوال فرجحت جنبة الفوات **وقوله** ثم قال في المختصر اي مختصر القدوري ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح **ووجهه** ما ذكره في الكتاب **وقوله** ولا فرق بين المسافر والمقيم نفي لجواز النية قبل نصف النهار خلافا لزفر فانه يقول امساك المسافر في اول النهار لم يكن مستحقا لصوم الفرض فلا يتوقف على وجود النية بخلاف امساك المقيم ولنا ان المعنى الذي لاجله جوزنا في حق المقيم اقامة النية في الاكثر الا كانها مقامها في جميع الوقت لا يفصل بين المسافر والمقيم **قال** وهذا الضرب من الصوم اراد بهذا الضرب ما يتعلق بزمان بعينه على ما ذكره في اول الكتاب **وقوله** يتادى بمطلق النية اي بان يقول نويت الصوم وبنية النفل ظاهر وبنية واجب آخر بان ينوي عن كفارة او غيرها قيل وهذا في صوم رمضان مستقيم فاما في النذر المعين فلا لانه يقع عما نوى من الواجب اذا كانت النية من الليل ذكره في اصول شمس الائمة وغيره فحينئذ قول المصنف وهذا الضرب لا يستقيم على اطلاقه **واجاب** شيخ شيخي العلامة عبد العزيز بانه يمكن ان يقال الموجب كلام المصنف ان يتادى المجموع بالمجموع والبعض بالبعض والبعض بالمجموع لا ان كل فرد يتادى بالمجموع فيظهر كلامه وجه صحة وقال الشافعي في نية النفل عابث اي لا يكون صائما لا فرضا ولا نفلا وفي مطلقها له قولان في قول يقع عن فرض الوقت وفي قول لا يقع عنه **وقوله** لانه بنية النفل دليل على النفل اي لانه بنية النفل معرض عن الفرض لما بينهما من المغايرة فصار كما غرا منه بترك النية فلا يكون له الفرض ومن هذا يظهر وجه احد قوليه في مطلق النية لانه لم يتعرض لما نيط به النية فيجوز وجه قوله الاخر ان صفة الفرضية قربة كاصل الصوم فكما لا يتادى اصل الصوم الا بالنية فكذلك الصفة واذا انعدمت الصفة ينعدم الصوم **ولنا** ان الفرض متعين فيه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا انسلخ شعبان فلا صوم الا رمضان وكل ما هو متعين في مكان يصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه بان يقال يا حيوان كما ينال باسم نوعه بان يقال يا انسان وباسم علمه مثل ان يقال يا زيد لا يقال المتوحد في المكان انما ينال باسم جنسه اذا كان موجودا وفيما نحن فيه انما يوجد بتخصيصه فكيف ينال باسم جنسه لان كونه معدوما لما لا يمنع ان ينال باسم نوعه بان نوى الصوم المشروع في الوقت لا يمنع ان ينال باسم جنسه دفعا للتحكم **فان قيل** ما ذكرتم يقتضي الاصابة بمطلق النية دون نية النفل او واجب آخر لان المتوحد في الدار لا ينال باسم جنسه لا باسم غيره فان زيدا لا ينال باسم عمرو **واجاب** بقوله واذا نوى النفل او واجبا آخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة لان الوقت لا يقبلها فبقي الاصل اذ ليس من ضرورة بطلان الوصف اذ ليس فصلا متنوعا بطلان الاصل وفي الصوم حنثه وذلك كاف وموضعه اصول الفقه وقد قررناه في الانوار والتقرير ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة اذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال اذ القضاء لازم للحال فهو مؤاخذ به وتخيره في صوم رمضان لانه لا يلزمه ما لم يدرك عدة من ايام اخر حتى اذا مات قبل ادراك ذلك ليس عليه شيء وهذا الذي اختاره المصنف من التسوية بين المريض والمسافر مخالف لما ذكره العلماء في التحقيق فخر الاسلام وشمس الائمة فانهما قالا اذا نوى المريض عن واجب آخر فالصحيح انه يقع صومه عن رمضان لانه انما يباح الفطر له عند العجز عن اداء الصوم فاما عند القدرة فهو والصحيح سواء بخلاف المسافر فان الرخصة في حقه يتعلق بعجز مقدر يقام السفر مقامه وهو موجود وذكر صاحب الايضاح وكان بعض اصحابنا يفصل بين المسافر والمريض وانه ليس بصحيح والصحيح انهما يستويان وهو قول الكرخي اختاره المصنف **وقوله** وعنه اي عن ابي حنيفة في نية التطوع في رواية انه يقع عن الفرض لما ذكر في الكتاب انه ما صرف الوقت الى الاهم وهو اسقاط الواجب عليه وانما قصد تحصيل الثواب

وهو في المريض الكرخي في رواية الحسن يقع عما نوى من النفل لان رمضان في حقه كشعبان في حق المقيم وفي
شعبان يقع عما نوى نفلا كان او واجبا فكذلك هذا واما المريض اذا نوى عن التطوع فان صومه يقع
عن الفرض وهو الظاهر وقال الناطفي قياس التسوية بين المريض والمسافر على رواية نوادر ابي يوسف توجب
ان يكون في المريض جائزا عن التطوع قال والضرب الثاني ما ثبت في الذمة المراد من الثبوت في الذمة كونه
مستحقا فيها من غير اتصال له بالوقت قبل العزم على صرف ماله الى ما عليه كقضاء رمضان وصوم كفارة
اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد والحلق والمتعة وكفارة رمضان وكذلك النذر المطلق فاذا كان
كذلك لا يجوز الا بنية من الليل لكونه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء وقوله والنفل كله يجوز بنية
قبل الزوال اي يجوز بنية فالنفل سواء كان مسافرا او مقيما خلافا لمالك فانه يتمسك باطلاق ما روينا من قوله
صلى الله عليه وسلم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل قلنا قوله صلى الله عليه وسلم بعدما كان يصبح غير
صائم اني اذا لصائم عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدخل على نسائه فيقول هل عندكن من غداء
فان قلن لا قال اني اذا لصائم وقوله ولان المشروع ظاهر وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله ولانه يوم صوم
فيتوقف الامساك في اوله على النية المتأخرة المقترنة باكثره كالنفل وقوله ولا يصومون يعني الزوال الظاهر
مما تعلم وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان لان الشهر قد يكون تسعة
وعشرين يوما قال عليه الصلاة والسلام الشهر هكذا وهكذا واشار باصابعه وخنس ابهامه في الثالثة وقوله فان
رأوه صاموا الكلام واضح وقوله ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا يوم الشك هو اليوم الذي يحتمل ان يكون
آخر شعبان او اول رمضان لقوله صلى الله عليه وسلم لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا
تطوعا وقوله وهذه المسألة على وجوه ذكرها المصنف خمسة ووجه الحصر انه من صام يوم الشك فاما
ان يقطع في النية او يتردد فيها فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون فيما عليه او لا فان كان فيما عليه
فاما ان يكون في الوقتي او في غيره فالوقتي هو الوجه الاول وغيره هو الثاني وان كان في غير ما عليه فهو الثالث
وان كان الثاني فاما ان يكون التردد في اصل النية او في وصفها فالاول الرابع والثاني الخامس وهذا
اذا لم يفرق بين ان يكون بنا او ابتدائه التطوع او الواجب الاخر واما اذا فرق فالوجوه سبعة كما ذكر شيخ
الاسلام في مبسوطه والمصنف ذكر الوجهين لكن جعلهما وجها مشتملا على الاول ان ينوي رمضان وهو
مكروه لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا ولانه
لا يصام صيغة نفي وهو يقتضي عدم الجواز لانه بمعنى النهي لحقيقته حسا وهو يقتضي المشروعية على ما عرف ولانه
تشبه باهل الكتاب بمعنى فيما فيه يزاد وذلك يوجب الكراهة كما تقدم وقوله ثم ان ظهر ظاهر وقوله لانه في
معنى المظنون لم يقل لانه مظنون لان حقيقة المظنون ان يثبت له الظن بعد وجوبه بيقين والحال انه قد
اتاه فيشرع فيه غافلا انه موجود ثم علم انه اداه واما ههنا فلم يثبت وجوبه بيقين فلم يكن مظنونا حقيقة
الا انه في كل واحد منهما الشروع مسقطا للواجب عنه لا ملزما فكان كل منهما في معنى الاخر والثاني ان ينوي عن
واجب اخر وهو مكروه ايضا لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم لا يصام الحديث الا ان هذا دون الاول في
الكراهة لعدم اشتماله التشبه باهل الكتاب وقوله ثم ان ظهر ظاهر وقوله لانه منهي عنه فيكون ناقصا
وما في ذمته كامل فلا يتأدى الكامل بالناقص كما لو صام يصوم يوم ولا يصوم يومين انما هو بصوم رمضان
لما سبق كونه لا يوجد بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك اجابة دعوة الله يلازم كل
صوم فان قيل على هذا كان ينبغي ان لا يكون صوم واجب اخر مكروها اجاب بقوله والكراهة ههنا لصورة
النهي قال في النهاية الا انا اثبتنا الكراهة لنا ورد لعموم نفي حديث اخر وهو قوله لا يصام اليوم الذي يشك فيه
الحديث وقال غيره من الشارحين لصورة النهي لا لحقيقة النهي لان النهي ورد في التقدم بصوم رمضان الا انه

لما كان

لما كان مثل صوم رمضان في الفرضية اثبتنا فيه نوع كراهة والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه
لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الا تطوعا وهو باطلاقه حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل
الابتداء لانه لا يكون متوافقا لصوم كان يصومه في ذلك اليوم واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم
لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الا ان يكون صوما يصومه رجل فليصم ذلك الصوم
فهذا نص على الجواز بناء واجاب المصنف بقوله والمراد بقوله صلى الله عليه وسلم لا تقدموا صوم رمضان
بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه وفي ذلك تعدي حكم
على الشرع وهو باطل والدليل على ذلك ان ما قبل الشهر وقت التطوع لا لصوم الشهر فلا يتصور التقدم
بالتطوع فان قيل صوم رمضان وهو ما يتحقق فكيف يتصور التقدم فيه اجيب بان معناه ان ينوي الفرض
قبل الشهر وهذا كما يقال مثلا قدم صلاة الظهر على وقته فان معناه نواها قبل دخول وقتها فان قيل فانه
قوله صلى الله عليه وسلم يوم او يومين وحكم الاكثر من ذلك كذلك اجيب بان يوما او يومين ما وصل الى
حد الكثرة فيجوز ان يتوهم بان القليل معفو فيحوي بخلاف الكثير من الاحكام فنفى ذلك قوله ثم ان وافق صوما
ظاهر وقوله وان افرده يعني لم يوافق صوما يصومه قال محمد بن سلمة الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي
وقال نصير بن يحيى الصوم افضل اقتداء بعلي وعائشة فانهما كانا يصومانه ويقولان لان نصوم يوما من شعبان
احب الينا من ان نفطر يوما من رمضان والمختار ان يصوم المفتي بنفسه احتياطا ويفتي العامة في زماننا
ويفتي العامة بالتلوم اي بالانتظار الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة اي تهمة الروافض ذكره في
الفوائد الظهيرية لاختلاف بين اهل السنة والجماعة انه لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان
عن رمضان وقالت الروافض يجب ان يصام يوم الشك عن رمضان وقيل معناه لا يفتي العامة باداء
النفل فيه عسى ان يقع عندهم انه خالف رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث نهى عن صوم يوم الشك وهو
اطلقه فيفتيهم بالافطار بعد التلوم نفيا لهذه التهمة والرابع ان يضجع في اصل النية التضجيع في
النية التردد فيها وكلامه ظاهر والخامس ان يضجع في وصف النية وقوله بين امرين مكروهين
وهما صوم رمضان وواجب اخر في هذا النوع ثم ان كراهة احدهما وهو نية صوم رمضان انما تثبت
من الاخر وقوله ثم ان ظهر ظاهر وقوله لشروعه فيه مسقطا يعني لا ملزما لان الكلام فيما اذا نوى
عن واجب اخر على تقدير وعن فرض رمضان على تقدير فكان مسقطا للواجب عن ذمته وكذلك قوله
وان نوى عن رمضان ظاهر وقوله لما مر اشارة الى قوله لعدم التردد في اصل النية وقوله ومن
رأى هلال رمضان وحده ظاهر وهل يقبلها او لا لم يذكره فان كانت السماء مصحية وهو من المصر
لم يقبل الامام شهادته لانه اجتمع ما يوجب القبول وهو العدالة والاسلام وما يوجب الرد وهو
مخالفة الظاهر فرجح جانب الرد لان الفطر من كل وجه جائز بعذر كالمرض والسفر وصوم
رمضان قبل رمضان لا يجوز بعذر من الاعذار وكذا في الصيدلاني ملخصا بعذر الكلي وقد قيل له
والسماء مصحية وهو من المصر انه اذا كانت متغيمة او جاء من خارج المصر تقبل شهادته على ما
نذكر ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فانها تطلق مطلق التهمة بردها
شرعا كما في شهادة الفاسق وهي ههنا متمكنة لانه لما ساوى غيره في النظر ظاهرا والمنظر وجهة
البصر ودقة المرئي وبعد المسافة فالظاهر عدم اختصاصه بالرؤية من بين سائر الناس فيكون
غالطا فتورث شبهة عدم الرؤية وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات لان جهة العقوبة فيها راجحة
ولهذا لا يجري فيها التداخل ولا تجب على المعذور والخاطئ كما عرف في الاصول ولو افطر قبل ان يرد الامام
شهادته اختلف المشايخ فيه اي في وجوب الكفارة فمن نظر الى ان المورث للشبهة وهو المذكور

في الكتاب رد القاضي شهادته قال ولا تجب الكفارة بل القضاء اتفاقا لما يورث لو تحقق الامضانية لثبوته
بالرؤية ومن نظر الى ان يوم الصوم يوم يصوم الناس فيه لقوله صلى الله عليه وسلم صومكم يوم تصومون
الحديث فليس مما نحن فيه من اليوم يوم يصوم الناس فيه لانه لا يلزمهم صوم هذا اليوم لا اذا كان يوم
الفطر في حق الناس كافة لعدم التحري وهذا يقتضي ان لا يجب عليه الصوم ولكن لما لم يكن يوم فطر
في حقه حقيقة وعارضه نص آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته اورث شبهة الا
فيما يندرئ بالشبهات قال بعدم وجوبها وقال لهذا الرجل لا يفطر يوما يفطر الامام لان الوجوب عليه
للاحتياط والجواز وقوع الغلط كما روي ان عمر خرج في الناس يستقبلون الهلال فقال واحد الهلال يا امير
المؤمنين فامر عمر ان يمسح وجهه بالماء ثم قال له اين الهلال فقال فقدته فقال عمر لعل شعرة من شعرات
حاجبك قامت فحسبتها هلالا والاحتياط بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر يعني بعد الثلاثين لا
كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده وعملا بقوله صلى الله عليه وسلم وفطركم يوم تفطرون قال
واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال لكلامه ظاهر جابيا قال غير مقبول
فلم يقبل مردودا لان حكمها لبني فقال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا وقوله وفي اطلاق جواب
الكتاب يعني العدد وذكر وهو قوله قبل الامام شهادة الواحد العدل يدخل المحدود في القذف بعد
التوبة وهو ظاهر الرواية لانه خبر ليس بشهادة ولهذا لم يختص بلفظة الشهادة وعن ابي حنيفة
انه لا يقبل لانها شهادة من وجه دون وجه من حيث انه يجب العمل بها كان ينقض القاضي
ومن حيث اختصاصه بمجلس القضاء ومن حيث اشتراط العدالة فكان الشافعي في احد قوليه
المنني والحجة عليه ما ذكر يعني قوله لانه امر ديني وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اني رايت
الهلال يعني هلال رمضان فقال اتشهد ان لا اله الا الله قال نعم قال اتشهد ان محمدا رسول الله قال نعم
قال يا بلال اذن في الناس ليصوموا غدا وفيه دليل على قبول خبر الواحد كما ترى وقوله ومضى الثلاثين
يوما يعني فلم يروا الهلال لا يفطرون ومبنى ما روي عن محمد انا نقول ان الشيء يثبت ضمنا وان لم يثبت
ابتداء كبيع الطريق والشرب وقوله كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة دون قول ابي حنيفة
وقوله واذا لم تكن بالسماء علة ظاهر وقوله ولا فرق بين اهل المصر لا فرق في عدم القبول اذا لم يكن الا
علة بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي انه تقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج
المصر لقلة الموانع واليه اشار في كتاب الاستحسان ولفظه فان كان الذي يشهد
بذلك في المصر ولا علة في السماء لم تقبل شهادته ووجه الاشارة ان التقييد في الرواية يدل على نفي ما عداه فكان
تخصيصه بالمصر دون العلة في عدم قبول الشهادة دليلا على قبولها اذا كان الشاهد خارج المصر وكان في
السماء علة وكذا اذا كان في مكان مرتفع في المصر قبل وقوله ومن راى هلال الفطر واضح وكذا قوله واذا كان
بالسماء علة وقوله وهو الاصح احتراز عما يروى في النوادر عن ابي حنيفة انه كهلال رمضان لانه تعلق به
امر ديني وهو ظهور وقت الحج وقوله لانه تعلق به نفع العباد دليل الاصح وقوله وان لم يكن في السماء علة يعني
في هلال الفطر وقوله كما ذكرنا اشارة الى قوله لان التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة الى آخره وقوله
ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني قيل العبرة لاول طلوعه وقيل لاستنارته وانتشاره قال شمس الائمة
الحلواني الاول احوط والثاني ارفق وقوله والخيطان يعني ان الخيط الابيض اول ما يبدو من الفجر الصادق
وهو المستطير المنتشر المعترض في الافق كالخيط الممدود والخيط الاسود ما يمتد معه من غبش الليل وهو
الفجر المستطيل الذي يبدو كذنب السرحان شبه بالخيطين ابيض واسود وموضعه علم البيان واكتفى ببيان الخيط
الابيض بقوله من الفجر عن بيان الاسود لان البيان في احدهما بيان في الآخر وقوله والصوم هو الامساك عن

الاكل

الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية فقيل هو منتقض طردا وعكسا اما طردا فبالاكل ناسيا فان صومه باق والامساك
فائت واما عكسا فبمن اكل قبل طلوع الشمس بعد طلوع الفجر لما ان النهار اسم لما هو مع الشمس وكذلك
في الحائض والنفساء فانه لا يتحقق الصوم مع وجود [illegible] وعن الثاني بان المراد بالنهار النهار الشرعي وهو اليوم بالنص وهو
قوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الآية وعن الحائض بان الحائض خرجت عن اهلية الاداء شرعا
وقوله والطهارة عن الحيض والنفاس شرط المراد بالطهارة منهما عدمهما لا ان يكون المراد الاغتسال

باب ما يوجب القضاء والكفارة

لما فرغ من بيان انواع الصوم وتفسيره شرع في بيان ما يجب عند ابطاله لانه امر عارض على الصوم فناسب
ان يذكر مؤخرا واذا اكل الصائم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك لوجود ما
ينافي الصوم ووجود مضاد الشيء يعدمه لاستحالة وجود الضدين معا فصار كالكلام ناسيا في
الصلاة وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم للذي اكل وشرب ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك
قيل هذا الحديث معارض للكتاب وهو قوله تعالى ثم اتموا الصيام فان الصيام امساك وقد فات فالآية تدل على
بطلانه لان انتفاء ركن الشيء يستلزم انتفاءه لا محالة والحديث يدل على بقائه كما كان فيجب تركه واجيب بان في
الكتاب دلالة على ان النسيان معفو عنه وهو قوله تعالى ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا [illegible] الا ان الامام
قبل الخطأ [illegible] فلا تعارض قال قيل سلمنا ذلك لكن
النص ورد في الاكل والشرب على خلاف القياس فكيف تعدى الى الجماع اجاب بقوله فاذا ثبت هذا في الاكل
والشرب ثبت في الوقاع [illegible] لاستوائهما في الركنية يعني ثبت بالدلالة لا بالقياس
نظيره الاخير في كون الكف عن كل منهما ركنا في باب الصوم وقوله بخلاف الصلاة جواب عن قوله فصار كالكلام
ناسيا في الصلاة وهو واضح وكذا قوله ولا فرق بين الفرض والنفل وقوله ولو كان مخطئا بان كان ذاكرا للصوم
غير قاصد للشرب [illegible] او مكرها فعليه القضاء عندنا خلافا للشافعي فانه
يعتبره بالناسي فان الناسي قاصد للشرب دون الخاطئ فاذا كان فعل القاصد معفوا ففعل غير القاصد اولى
ولنا انه لا يغلب وجوده اي الاعتبار فاسد لانه على خلاف القياس وكذا الالحاق بالدلالة لانه ليس في معنى النسيان
لان النسيان غالب الوجود والخطأ والاكراه ليسا كذلك ولان النسيان من قبل من له الحق [illegible]
كالمقيد والمريض في قضاء الصلاة فان المقيد اذا صلى قاعدا لا يعذر [illegible]
نام فاحتلم لم يفطر لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث لا يفطرن الصائم القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة
الجماع ولا معناه اما الاول فلعدم الايلاج في الفرج واما الثاني فلعدم الانزال عن شهوة بالمباشرة اعني
بمس الرجل المراة وكذا اذا نظر الى وجه امراة او فرجها فامنى لان المنى لا يفطر لما بينا انه لم يوجد الجماع
صورة ولا معنى فصار كالمتفكر في امراة حتى امنى وكالمستمني بالكف يعني اذا عالج ذكره بيده حتى
امنى لم يفطر على ما قال البعض اي المشايخ وهو قول ابي بكر الاسكاف وابي القاسم لعدم الجماع صورة ومعنى وعامتهم
على انه يفسد صومه قال المصنف في التجنيس الصائم اذا عالج ذكره بيده حتى امنى يجب عليه القضاء هو المختار
لانه وجد الجماع معنى وقيل فيه نظر لان معنى الجماع [illegible] على ما قلنا فلم يوجد واجيب بان معناه وجد
ما هو المقصود من الجماع وهو قضاء الشهوة وهل يحل له ان يفعل ذلك ان اراد الشهوة لا يحل لقوله صلى الله
عليه وسلم ناكح الكف ملعون وان اراد تسكين ما به من الشهوة ارجو ان لا يكون عليه وبال لو ادهن او اكتحل

والصوم فائت واجيب عن الاول بمنع فوت الامساك لان المراد به الامساك الشرعي وهو موجود معه

ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا الآية فكان الحديث موافقا للكتاب فيعمل به ويحمل قوله تعالى صح

لم يفطر لعدم المنافي وقوله لما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث لا يفطرن الصائم ولو اكتحل لم يفطر وان
وجد طعمه في حلقه لانه ليس بين العين والدماغ منفذ فما وجد في حلقه من طعمه انما هو اثره لا عينه
فان قيل لو لم يكن بينهما منفذ لما خرج الدمع اجاب بان الدمع يترشح كالعرق يعني انه داخل من المسام
والداخل منها لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد ووجد برودته في باطنه فان قيل هذا تعليل في مقابلة
النص وهو باطل وذلك لما روى معبد بن هوذة الانصاري عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال عليكم بالاثمد
المروح وقت النوم وليتقه الصائم اجيب بان النبي صلى الله عليه وسلم ندب الى الصوم يوم عاشوراء والى الاكتحال فيه
وقد اجتمعت الامة على الاكتحال يوم عاشوراء فهو يرجح على الاول ولو قبل ولم ينزل لم يفسد صومه لعدم المنافي
صورة ومعنى على ما ذكر بخلاف الرجعة والمصاهرة فانهما يثبتان بالقبلة بالشهوة وكذا بالمس وان لم ينزل لان
حكمهما ادير على السبب فيثبت بسبب الجماع كما يثبت به وهذا يتعلق بعقد النكاح لان مبناهما على الاحتياط اما افساد
الصوم فانه يتعلق بالجماع اما صورة او معنى لا بسببه حتى لم يفسد الصوم وقوله على ما ناتي في موضعه اي في
باب الرجعة وان انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع وهو قضاء الشهوة بالمباشرة
ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ
بالشبهات كالحدود وهذا لان الكفارة اعلى عقوبات المفطر لافطاره فلا يعاقب بها الا بعد تناهي الجناية
نهايتها فلم تبلغ نهايتها لا تتم الجناية من جنسها ابلغ منها وهو الجماع صورة ومعنى قال ولا باس بالقبلة
اذا امن على نفسه اختلف المشايخ في مرجع هذا الضمير في قول محمد فقال بعضهم المراد به الامن عن الوقوع في الجماع
وقال بعضهم اراد به الامن من خروج المني وقوله ويكره اذا لم يأمن وقوله والشافعي اطلق فيه في الحالين
اي في حالة القبلة في حال امنه على نفسه وعدمه والحجة عليه ما ذكرنا يعني قوله لان عينه ليس بمفطر الى اخره
والمباشرة الفاحشة وهي ان يعانقها متجردين ويمس ظاهر فرجه ظاهر فرجها مثل التقبيل في ظاهر الرواية
يكره اذا لم يأمن ولا يكره اذا امن وعن محمد في رواية الحسن عن ابي حنيفة انه يكره المباشرة الفاحشة لانها
قلما تخلو عن الفتنة وقوله فاختلفوا يعني المشايخ في المطر فقال بعضهم المطر يفسد والثلج لا يفسد وقال
بعضهم على العكس وقال عامتهم بافسادهما وهو الصحيح لحصول الفطر معنى ولامكان الاحتراز عنه اذا اواه خيمة او
سقف ولو اكل لحما بين اسنانه فان كان قليلا لم يفطر وان كان كثيرا افطر وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له
حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولو اكل القليل من خارج افطر على ما ذكرنا اذا اكل سمسمة ولنا
ان القليل تابع لاسنانه لانه لا يمكن الاحتراز عنه فكان بمنزلة ريقه ولو ابتلع ريقه لم يفسد بخلاف الكثير لانه
لا يبقى بين الاسنان فكان الاحتراز عنه ممكنا والفاصل مقدار الحمصة فهو كثير وما دونه قليل وقد عد
الدرهم في باب النجاسة فانه الفاصل بين القليل والكثير وهو داخل في القليل لانه اخذ من قدر موضع الاستنجاء
وذلك القدر في موضع الاستنجاء معفو بالاجماع حتى لم يفترض الاستنجاء واكتفي في اقامة سنة الاستنجاء بالحجر والمدر
لا يبلغ النجاسة فصار قدر الدرهم معفوا في غير موضع الاستنجاء ايضا قياسا عليه وها هنا قدر الحمصة لا
يبقى في خلل الاسنان غالبا فلا يمكن الحاقه بالريق فصار كثيرا وقوله وان اخرجه واخذه بيده ظاهر وقوله لانه
طعام متغير يعني صار كالخبز المنتن وعن ابي يوسف انه يعافه الطبع اي يكرهه فصار من جنس ما لا يتغذى به كالتراب
قال وان ذرعه القيء اي سبقه وغلبه وخرج وهو لا يفسد الصوم لقوله صلى الله عليه وسلم من
قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء الحديث وقالوا استقاء تفعل وقوله تعالى
واستقاء تفعل يعني تكلف في ذلك وكلامه واضح وقوله يستوي فيه ملء الفم وما دونه يعني القيء الذي ذرعه وقوله فلو عاد
يعني ما ذرعه وقوله عند محمد لا يفسد قيل وهو الصحيح لانه لا يمكن الاحتراز عن خروجه لا يمكن عن عوده فيجعل
عفوا وقوله لا يشتغل خارج تعليل ابي يوسف وقوله لانه لا صنع له في الادخال تعليل محمد وقوله فان استقاء

عما اشار الى انه لو استقاء ناسيا لصومه لا يفسد صومه كما لو اكل ناسيا وقوله لما روينا اشارة الى قوله
صلى الله عليه وسلم ومن استقاء عمدا فعليه القضاء وقوله نقله الى ابي يوسف وقوله لما ذكرنا يريد
به عدم الخروج وعنه اي عن ابي يوسف وقوله لكثرة الصنع وهو صنع الاستقاء وصنع الاعادة ومن
ابتلع الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة الفطر باتصال الشيء الى باطنه ولا كفارة عليه لعدم معنى
الفطر وقد تقدم ان الكفارة اقصى عقوبة في الافطار فيحتاج الى كمال الجناية لانه في نقصانها
شبهة العدم وهي تندرئ بالشبهات وقال مالك تجب عليه لانه مفطر غير معذور وكل من هو كذلك
تجب عليه عنده وقوله ومن جامع عمدا ظاهر وقوله اعتبارا بالاغتسال يعني انه اذا ادخل فلم ينزل
وجب عليه الغسل فكذلك الكفارة فان قيل الكفارة تندرئ بالشبهات والاغتسال يجب بالاحتياط فاعتبار
احدهما على الاخر لا يكون صحيحا فالجواب انا منع انتفاء معنى الجماع لان قضاء الشهوة يتحقق دون الانزال
والانزال شبع وليس بشرط الا يرى ان من اكل لقمة وجبت عليه الكفارة وان لم يوجد الشبع والى هذا
اشار بقوله وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه ولو جامع في الموضع المكروه فعن ابي حنيفة في وجوب
الكفارة روايتان في رواية الحسن لا كفارة عليه اعتبارا بالحد عنده فانه لم يجعل هذا الفعل جناية
كاملة في ايجاب العقوبة التي تندرئ بالشبهات كالحد وفي رواية ابي يوسف عنه ان عليه الكفارة وهو
الاصح لان الجناية متكاملة لقضاء الشهوة انما يكمل ابو حنيفة النقصان في معنى الزنا من حيث انه
لا يتعلق به افساد الفراش ولا معتبر به في ايجاب الكفارة ولا يلزم من انتفاء ما هو عقوبة كاملة
انتفاء ما فيه معنى العقوبة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل فان انزل فعليه
القضاء لانه فات صوم الكف فصار كالجماع فيما دون الفرج وقال الشافعي وجبت عليه الكفارة لانه
السبب لكفارة الجماع المعدم للصوم وقد جعلنا ان الكفارة تعتمد الجناية الكاملة وتكاملها
بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد الا يرى ان الطباع السليمة تنفر عنها فانه تحصل به قضاء الشهوة
فذلك لغلبة الشبق او لفرط السفه فهو كمن تكلف لقضاء شهوته بيده لا يتم جنايته في ايجاب الكفارة فكذا
هذا وقوله اعتبارا بالاغتسال يعني ان هذه مؤنة اوقعها الزوج فيها فيتحملها عنه كثمن ماء الاغتسال
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من افطر في رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الاناث
كالذكور قال الله تعالى ومن يقنت منكن ولان سبب الكفارة جناية افساد الصوم لا نفس الوقاع
لانه تصرف في ملكه وقد شاركته في ذلك فوجبت عليها كما وجبت عليه وهذا جواب عن قوله الاول
وقوله ولا تحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيهما التحمل وقال الشافعي لا كفارة عليه لانها
شرعت في الوقاع بالنص على خلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة بيانه ان الاعرابي جاء الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فامره بالكفارة فعلم انها تثبت على خلاف القياس وما كان كذلك لا يقاس عليه غيره ولنا
ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال لان الافطار صورة باتصال ما الى الجوف
ومعنى بقضاء الشهوة لما روى ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من افطر في رمضان فعليه ما على
المظاهر ولم يبين السبب المفطر ولما روي ان رجلا سأله فقال يا رسول الله افطرت في رمضان فقال
صلى الله عليه وسلم من غير مرض ولا سفر فقال نعم فقال اعتق رقبة فلم يسأله عما افطر فدل على ان الحكم
لا يختلف الا يرى انه سأله عن حاله بالمرض والسفر لاختلاف حكم الحال والجناية بالافطار على وجه الكمال
قد تحققت فان قيل ما ذكرتم يدل على عدم انحصار الكفارة في الوقاع ومن اعلام الجناية على وجه الكمال
ما يساعده الخصم لكنه يقول على وجه خاص وعندنا نص بان الكفارة بنفس الوقاع لان النبي
صلى الله عليه وسلم لما الزم الكفارة الاعرابي مقابلة ما سئل عنه من الوقاع والحق ان تعلقها بما ان يكون

من حيث انه وقاع او من حيث انه وقاع في نهار رمضان فان كان الاول فلنعتبر في الاصل لجنايه فلا يعتبر
وان كان الثاني فهو مسلم وهو المطلوب لان جنايته بالافطار على وجه الكمال الجهة خاصة واذا كان
فهو في معنى الملحق به دلالة لا قياسا وتمام تقريره تقدم في التقرير وقوله وبايجاب الاعتاق تكفيرا
جواب عن قول الشافعي لا يرتفع الذنب بالتوبة وتقريره لا نسلم ان تعلق الجناية ترتفع بالتوبة فان الشرع
لما اوجب الاعتاق كفارة لهذه الجناية علم انها غير مرتفعة كالجناية السرقة والزنا حيث لا ترتفعان
بمجرد التوبة بل بالحد وقوله والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا يعني من حديث ابي هريرة وحديث
الاعرابي حجة على الشافعي في قوله يتخير لان مقتضاه الترتيب وهو ظاهر وانه رد على مالك في نفي التتابع النص عليه
بقوله صم شهرين متتابعين قال في النهاية معناه ان نسبة التخيير الى الشافعي ونفي التتابع الى مالك
سهو لان الشافعي يقول بالترتيب كما نقول دل على ذلك كتبهم وكتب اصحابنا والقائل بعدم التتابع هو ابن ابي ليلى الا
بالتخيير الخ حديث سعد بن ابي وقاص ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني افطرت رمضان
فقال اعتق رقبة او صم شهرين او اطعم ستين مسكينا وقلنا حديث الاعرابي مشهور لا يعارضه هذا الحديث
فيحمل على ان المراد به بيان ما به يتادى الكفارة في الجملة لا التخيير وفي الحج الى كل يعني التتابع بالقياس على
القضاء وما رويناه حجة عليه لان القياس في مقابلة النص فاسد قال ومن جامع فيما دون الفرج فانزل
فعليه القضاء اراد بالفرج القبل والدبر فكان ما دونه هو التفخيذ والتبطين والجماع فيه جماع
معنى فاوجب القضاء ولنقص به صورة فلا كفارة عليه وليس في افساد صوم غير رمضان كفارة لان
الكفارة في افطار صوم رمضان وجبت بالنص على خلاف القياس فلا قياس عليه غيره في معناه لان الافطار في رمضان
ابلغ في الجناية لكونه جناية على الصوم والشهر جميعا وغيره جناية على الصوم وحده لان الوقت غير متعين
كذلك فلا يلحق به غيره بخلاف الكفارة في الحج تستوي فيها الفرض والنفل لان وجوبها لحرمة العبادة
وهما فيها متساويان ومن احتقن او استعط اي استعمل الدواء بالحقنة او السعوط وهو الدواء الذي يصب في الانف
وهما على بنا الفاعل او اقطر في اذنيه على بنا المفعول فاما جعله لازما كذا وجد بخط شيخي افطر لقوله صلى
الله عليه وسلم الفطر مما دخل وكلامه ظاهر وقوله وان داوى جائفة او امة الجائفة اسم الجراحة وصلت
الى الجوف والامة اسم الجراحة وصلت الى الدماغ فالذي يصل هو الرطب انما قيد بالرطب لانه في ظاهر الرواية
فرق بين دواء الرطب واليابس واكثر مشايخنا على ان العبرة للوصول حتى اذا علم ان الدواء اليابس وصل الى جوفه
فسد صومه وان علم ان الرطب لم يصل الى جوفه لا يفسد صومه الا انه ذكر اليابس والرطب بناء على العادة فاليابس
انما يستعمل في الجراحة ليستمسك راسها به فلا يتعدى الى الباطن والرطب يصل الى الباطن عادة فلهذا فرق
بينهما ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وذكر الطحاوي محمدا مع ابي يوسف وقال ابو يوسف
يفطر وذكر في الاصل قول محمد مع ابي حنيفة ثم ان محمدا ذكر في ذلك توقف وما ذكر الكل واحد
لما بين ظاهر ... توقف محمد لانه شك في وجود المنفذ من الاحليل الى الجوف وتكلموا في الافطار ابد الاستنشاق
فقيل هو على هذا الاختلاف وقيل انه كالحقنة يفسد الصوم بلا خلاف فيه وهو الاصح وقوله ومن
ذاق شيئا بفمه الذوق بالفم معرفة طعم الشيء بقوة منبثة في العصب المفروش على جرم اللسان وادراك الاذوق بمخالطة الرطوبة
اللعابية المنبعثة من الآلة المسماة الملعبة بالمذوق ووصوله الى العصب والشروع في هذا المعنى ما يوجب
الفطر صورة ولا معنى وكره ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد بسبب التسبب لان الجاذبة قوية
اذا كان صائما فلا يامن ان ينجذب منه شيء الى الباطن وقوله لما بينا اشارة الى التعريض وقوله ومضغ العلك
لا يفطر الصائم بحكمه الكتاب وهو يدل على ان الكل واحد والتفصيل المذكور في الكتاب ذكره المشايخ وقوله الا انه
يكره استثناء من قوله ومضغ العلك لا يفطر وقوله ولانه يتهم بالافطار يعني انه من يراه من بعيد يتوهم انه ياكل

شيئا

شيئا فيتهمه وقد قال علي اياك وما يسبق الى القلوب انكاره وان كان عندك اعتذاره وقوله ويكره
ظاهر والكراهة تستلزم عدم الاستحباب ولا ينعكس لان المباحات لا توصف بهما قال ولا باس بالكحل ودهن
الشارب معنى ان يكون الفاء منهما مفتوحا فيكونان مصدرين من كحل عينه كحلا ودهن راسه
دهنا اذا اطلاه بالدهن ويجوز ان يكون مضموما ويكون مصدرا ولا باس باستعمال الكحل والدهن فان
قيل ما وجه تكرير مسالة الكحل فانه قال قبل ولو اكتحل لم يفطر ثم قال ولا باس بالكحل قال في لا باس
بالاكتحال اجيب بان الاول لوضع القدوري والثاني في وضع الجامع الصغير والثالث وضع ...
ولكل منهما فائدة فائدة الاول لما استفيد من عدم تفطير الاكتحال ولا يلزم منه ان لا يكون
مكروها ... لم يكرهوها ولا يفطر كما اذا ذاق بلسانه شيئا والثاني نفي ذلك ثم قد يحتمل حكمه
بين الرجال والنساء في الحكم فاعلم بالثالث انهما لا يفترقان اذا لم يكن قصد الرجل الزينة وقوله
لانه يعمل عمل الخضاب يعني والخضاب جاءت السنة لكمل الى جهة غير الزينة والعيشة نعم الثاني وقوله
ويكره رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ياخذ من اللحية من طولها وعرضها اورده ابو عيسى
في جامعه وقال من سعادة الرجل خفة لحيته وذكر ابو حنيفة في الآثار عن عبد الله بن عمر انه كان
يقبض على لحيته ويقطع ما زاد على القبضة وبه اخذ ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وقوله ولا باس
بالسواك الرطب بالغداة والعشي ذكر محمد في الاصل انه لا باس للصائم ان يستاك بالسواك الرطب ولم يذكر
ان رطوبته بالماء او بالرطوبة الاصلية التي تكون للاشجار ولا ذكر انه بله بريقه او بالماء وذكر في
الجامع الصغير لا باس بالسواك الرطب بالماء للصائم في الفريضة وكان تفسيرا لما ذكر في الاصل ويدل على
الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لقوله صلى الله عليه وسلم خير خلال الصائم السواك من غير فصل
بين الرطب وبين الغداة والعشي ويشتبه به ابا يوسف ان الرطب بالماء مكروه لما فيه من
ادخال الماء في الفم وذلك لان ما يبقى من الرطوبة بعد المضمضة اكثر مما يبقى بعد السواك ثم لم يكره
للصائم المضمضة فكذا السواك وقال الشافعي يكره بالعشي لان فيه ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف قال صلى
الله عليه وسلم حكاية عن ربه الصوم لي وانا اجزي به ولخلوف فم الصائم اطيب عند الله من ريح المسك وما
يكون محمودا عند الله فسبيله الابقاء كدم الشهيد والخلوف مصدر خلف فوه اذا تغيرت رائحته لعدم
الاكل بالضم لا غير قلنا هذا اثر العبادة فاللائق به الاخفاء بالتحرز عن الرياء بخلاف دم الشهيد فانه اثر
الظلم فيحتاج الى الابقاء ليحتج به على خصمه فلا بد من الاستبقاء وقوله لما روينا يعني قوله صلى الله عليه
وسلم خير خلال الصائم السواك

فصل

لما ذكرنا ان الصوم شرع في الفصل بيان وجوه الاعذار المبيحة
للافطار في الصوم وما يتعلق بها وكلامه واضح وحاصله ان الرخصة لا تتعلق بنفس المرض لتنوعه الى
ما يزداد بالصوم والى ما يخف به وما يخف به لا يكون مرخصا لا محالة فجعلنا ما يزداد به مرخصا
لخوف الهلاك لوجود ما هو الاصل في الباب وهو المشقة فيه ومعرفة ذلك اما ان يكون باجتهاده او
يعلم من نفسه ان حماه تزداد او عينه وجعا واما بقول طبيب حاذق مسلم وقال الشافعي معتبر خوف
الهلاك او فوات العضو كما في التيمم واما السفر فنفسه مرخص لانه لا يعرى عن المشقة فاذا كان مسافرا
لا يتضرر بالصوم فالصوم افضل عندنا خلافا لما قاله هكذا نقلت هذه المسالة في كتب اصحابنا على خلاف ما وقعت
في كتب اصحاب الشافعي فان الغزالي ذكر ان الصوم احب من الافطار في السفر لبراءة ذمته واستدل الشافعي بقوله
صلى الله عليه وسلم في سفر فراى زحاما ورجلا قد ظلل عليه فقال ما هذا فقالوا صائم فقال ليس من البر
الحديث ولنا ان رمضان افضل الوقتين لان عدة من ايام اخر كالخلف عن رمضان والخلف لا يساوي
الاصل بحال وما رواه محمول على حالة الجهد بفتح الجيم اي المشقة كما ذكرنا في سببه آنفا وقوله والحامل والمرضع

بالرطوبة الاصلية بالاتفاق ولهذا قال المص لا فرق بين

المسافر وهما على حالهما اي من المرض والسفر لم يلزمهما القضاء لان الله تعالى اوجب عليهما القضاء في عدة
من ايام اخر ولم يدركا عدة من ايام اخر **قوله** ولو صح المريض ظاهر وفائدته اي فائدة لزوم القضاء
وجوب الوصية بالاطعام بقدر الصحة والاقامة فاذا اوصى يؤدي الوصي من ثلث ماله لكل يوم مسكينا
ما يجب في صدقة الفطر وان لم يوص وتبرع الورثة جاز وان لم يتبرعوا لا يلزمهم الاداء بل يسقط في حق
الدنيا وذكر الطحاوي فيه اي في وجوب الوصية خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وبين محمد
فقال ولو زال عنه العذر وقدر على قضاء البعض دون البعض فانه ينظر ان قضى فيما قدر ولم يفرط فيه
مات فلا يلزمه قضاء ما بقي لانه لم يدرك من وقت قضائه الا قدر ما قضى وان لم يصم فيما قدر عليه حتى
مات وجب عليه قضاء الكل في قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه لما قدر على صوم بعضه قضاء الصوم
الاول الذي تعلق وعلى هذا فيما قدر على قضاء البعض فكانه قدر على قضاء البعض لكنه قدر على قضاء الكل
لم يصح وليس كذلك اذا صام فيما قدر لانه بالصوم تعين انه لا يلزمه فيه قضاء يوم اخر وقال محمد لا يلزمه
القضاء الا مقدار ما قدر عليه لانه ما ادرك الا ذلك فلم يلزمه غيره قال المصنف وليس بصحيح يعني ان الصحيح
ان قولهما كقول محمد وانما الخلاف في النذر وهو ان يقول المريض لله علي ان اصوم شهرا فانه مات قبل ان
يصح لم يلزمه شيء وان صح يوما واحدا لزمه ان يوصي بجميع الشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
لزمه بقدر ما صح لان اصحاب العذر مخبر بالخطاب الله قضاء لقضاء رمضان والفرق لهما بين
قضاء رمضان والنذر ما ذكر في الكتاب ان النذر سبب وقد وجد والمانع وهو عدم صحة الذمة في
التزام ادائه قد زال فاذا وجد السبب المقتضي وزال المانع ظهر الوجوب لا محالة وصار كصحيح نذر ثم
قتل الاداء واذا ظهر الوجوب ثم تحقق الاداء صار الى الخلف وهو الفدية وفي هذه المسئلة السبب ادراك
العدة وانما لم يتحقق بكماله بل بعضه فيتعلق بقدره وفيه بحث من وجهين احدهما ان القضاء
يجب بما يجب به الاداء عند المحققين وسبب الاداء شهود الشهر فكذا سبب القضاء والثاني ان جعل السبب المسئلة
حكم كله فلا يكون لبعض السبب تاثير في بعض الحكم والجواب عن الاول ان ذلك ليس فيما يتعلق به نفس الوجوب بل
فيما يتعلق به تسليم الواجب ومثله هو الخطاب وهذا من ذلك القسم فلا تغفل وعن الثاني بان جزء
السبب لا يخلو اما ان يكون كل الحكم والاكل هو العلة فامضنا وجزء الاول جزء هذا جلت باطل وان
يكون نحو السبب علة تامة لبعض الحكم فلا مانع منه الا ترى انه بالقدر والجنس يحرم الفضل والنسيئة وباحدهما
تحرم النسيئة وكل ذلك قررناه في التقرير مستوفى **قال** وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه الصوم المذكور
في كتاب الله تعالى ثمانية اربعة منها متتابعة واربعة صاحبها فيها بالخيار المتتابع صوم رمضان
وكفارة القتل والظهار واليمين عندنا وما عداها فقضاء رمضان وصوم المتعة وكفارة الحلق وجزاء الصيد اما
صوم رمضان فللاجماع لاحد في وجوب التتابع فيه واما غيره فقد ضبطه المشايخ بان كل ما شرع فيه
العتق كان التتابع فيه واجبا وما لا فلا فلا يكون قضاء رمضان مما فيه لمن عليه الخيار ولان النص مطلق والتقييد
به واجب وفيه بحث من وجهين احدهما ان القضاء على الاداء والتتابع واجب في الاداء فكان متعينا عن تقييد النص
والثاني ان ابي بن كعب قرا فعدة من ايام اخر متتابعات فهلا اعتبرتم قراءته مقيدة كما فعلتم بقراءة ابن مسعود في
كفارة اليمين والجواب عن الاول انه لو كان على ما ذكرتم لما قال صلى الله عليه وسلم لمن سأله عن تقطيع
قضاء رمضان ذلك اليك ارايت لو كان على احدكم دين فقضاه الدرهم والدرهمين الم يكن قضاء قال نعم قال فالله احق
ان يعفو ويغفر فانه صلى الله عليه وسلم كان اعلم بذلك وعن الثاني انما تبلغ قراءة ابي رضي الله عنه لم تشتهر
اشتهار قراءة ابن مسعود وكانت كخبر الواحد لا تزاد به على كتاب الله **قوله** لكن المستحب المتابعة اي التتابع مسارعة
الى اسقاط الواجب وان اخر القضاء حتى دخل رمضان اخر صام الثاني لانه في وقته وقضى الاول بعده لانه وقت

القضا

القضاء ولا فدية عليه خلافا للشافعي فانه يجب مع القضاء لكل يوم طعام مسكين ويروى ذلك عن ابن عمر يقول
القضاء موقت بما بين رمضانين مستدلا بما روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تؤخر قضاء ايام الحيض
الى شعبان ونقل بيانه منها لآخر وقت ما يجيء فيه ثم يجعل تاخير القضاء وعند الشافعي ليس فيه ما يدل
عليه لانه يجوز ان تاخيرها القضاء الى شعبان قد يكون اتفاقيا ولو سلم ذلك فالجواب لعذر لا اصل له لانه
لا فدية في الشرع على القادر على الاصل وبالنا نحن لم نثبت الحجر ولنا ان الله تعالى امرنا بالقضاء مطلقا والامر
المطلق لا يوجب الفور بل على التراخي ولهذا لو تطوع جاز بالاتفاق ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود **وقوله**
والحامل والمرضع قال في الذخيرة المراد بالمرضع هنا الظئر لان الام لا يفطر اذا كان للولد اب لان الصوم فرض
عليها دون الارضاع وقال الشيخ شيخي العلامة عندي ينبغي ان يشترط ثبات الاب او اجد المرضع
غير الام **وقوله** لانه افطار بعذر قيل لتمام هو عذر ولكن لا في نفس الصائم لاجل غيره ومثله لا يتعلق به الا ترى انه
لو اكره على شرب الخمر بقتل ابنه اذا لم يشرب لم يحل له الشرب واجيب بان الحامل والمرضع مأمورة بصيانة الولد
وهو لا يتأتى بدون الافطار عند الخوف فكانت مأمورة بالافطار مع الكفارة التي بناؤها على الوجوب
عن الافطار لا يجتمعان بخلاف الاكراه فانه ليس كل واحد مأمورا بصيانة غيره بل الامر هنا بالنهي
ضرورة حرمة القتل والحكم شرعا وتنزيل الامر قصدا وضمنا **وقوله** فيما اذا خافت على الولد يعني اذا خافت
الحامل والمرضع على انفسهما لا تجب الفدية بالاتفاق واذا خافت على ولدها فافطرت وجب القضاء والفدية
على الصحيح اقوال العلماء هي تعتبر بالشيخ الفاني فان الفطر حصل بسبب نفس عاجزة عن الصوم خلقة لا علة فيجب
الفدية كفطر الشيخ الفاني ولانه منفعة نفسها وولدها فبالنظر الى نفسها يجب القضاء وبالنظر الى منفعة ولدها
يجب الفدية ولنا ان الفدية عرفت بالنص على خلاف القياس ولا يجوز القياس فيه والفطر بسبب الولد ليس في معناه
لان الشيخ الفاني عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا الا يرى انه لو كان له مال لا يجب في ماله شيء
عليه القضاء ولم يتضاعف بتضاعف الولد فلا يلحق به دلالة ايضا **وقوله** والشيخ الفاني
به هو الذي لا يقدر على الصيام سمي فانيا لانه قرب الى الفناء او لانه فنيت قوته وقد وجبت الفدية عليه
مذهبنا وقال الشافعي لا تجب عليه الفدية لان الاصل وهو الصوم لم يجب عليه فلا خلفية وقلنا السبب وهو
شهود الشهر وهو حتى لو تحمل المشقة وصام وقع عن فرضه وانما يباح له الافطار لعذره ليس بعرض الزوال
حتى يصار الى القضاء كالمرض والسفر فوجبت الفدية كمن مات وعليه الصوم والاصل فيه قوله تعالى
وعلى الذين يطيقونه فدية قال اهل التفسير معناه لا يطيقونه فهو كقوله تعالى يبين الله لكم ان تضلوا
فان قيل روي عن الشعبي انه قال لما نزل قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه كان الاغنياء يفطرون ويفتدون و
يصومون بناء على انه في ابتداء الاسلام كان الرجل مخيرا بين الصوم والفدية ثم نسخ بعد ذلك بقوله تعالى
فمن شهد منكم الشهر فليصمه والمنسوخ لا يجوز الاستدلال به اجيب بان الآية ان وردت في الشيخ الفاني كما
ذهب اليه بعض السلف فظاهر وان وردت في الصحيح فكذلك لان النسخ انما ثبت في حق القادر على الصوم
فبقي الشيخ الفاني على حاله وفيه بحث لانه تخصيص بلا مخصص فذلك لا يجوز كان **وقوله** ولو قدر على
الصوم يعني بعد ما فدى بطل حكم الفداء وان لم يكن وجب عليه الصوم فان قيل القدرة على الاصل بعد
حصول المقصود بالخلف لا يبطل الخلف كما لو قدر على الماء بعد ما صلى بالتيمم وههنا حصل المقصود وهو تفريغ الذمة
ثم وجب عليه اجيب بان الفدية خلف عن الاصل انما هي قبل حصول المقصود بالخلف لان دوام هذا العجز الى الموت
شرط صحة هذا الخلف فان الشيخ الفاني هو الذي يزداد ضعفه كل وقت الى الموت واليه اشار بقوله لا ان شرط الخلفية
استمرار العجز **وقوله** ومن مات وعليه قضاء رمضان اي قرب منه لان الايصاء بعد الموت غير متصور **وقوله** لا يجزئ عن
الاداء اخره غير انه استعمل الاداء في موضع القضاء والعجز عن القضاء يجب ان لا يرتجى في معنى الشيخ الفاني فيلحق به دلالة

عن وقته كتاخير الاداء عن وقته وتاخير الاداء لا ينفك عن موجب فكذا تاخير القضاء

او عدم اخذ الولد ضرع غير الام

ولا مرسل لافطارهم

الحليمي

اي قرب من الموت لان الايصاء بعد الموت غير متصور

بالطريق الاولى لانه يتحرى الميت الرحم بيتها لا بد من الايصاء لان الوارث فاظم يوص فلو الوارث ان يتبرع
واذا اوصى اخرج عنه من ثلث المال المقدار صدقة الفطر عندنا خلافا للشافعي في جميع ذلك اما خلافه
في المقدار فلان المقدار الواجب عنده مد واما في الباقي فلانه يعتبر هذا الدين بديون العباد بجامع
ان كلا منهما حق مالي تجري فيه النيابة فكما ان ديون العباد تخرج من جميع المال وان لم يوص فكذلك هذا
ولنا انه عبادة وكل ما هو عبادة لا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو
متبرع ابتداء لان الصوم فعل مكلف به وقد سقطت الافعال بالموت لان المقصود منه هو الابتلاء والفعل عن فعل
لحاجة العباد الى الاموال وكذلك الوصية بالزكاة واذا كان تبرعا يعتبر من الثلث وانما قال يطعم لانها
في الاخرة تنوب عن الواجب على الميت والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ فان النص الوارد بالفداء الصوم
غير معقول المعنى فالقياس ان لا يقاس عليه لكن النص الوارد فيه يحتمل ان يكون معلولا بعلة مشتركة بينه
وبين الصلاة وان كنا لا نعقله والصلاة نظير الصوم بل اهم فامر المشايخ بالفداء عنها احتياطا وموضعه
الاصول **وقوله** هو الصحيح احتراز عما قاله محمد بن مقاتل ولانه يطعم لكل يوم نصف صاع على قياس الصوم ثم
رجع فقال لكل صلاة فرض على حدة بمنزلة صوم يوم وهو الصحيح لانه احوط **وقوله** ولا يصوم عنه الولي خلافا
عن قول الشافعي في القديم وذكر في ترك اسناده لانه يحكى عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال من مات وعليه الصيام صام عنه وليه وهو نص في الباب ولنا حديث ابن عمر لا يصوم احد عن احد
ولا والحديث عائشة نقل عنه ما يقوم مقام الصيام من الاطعام اي اولى بذلك **وقوله** ومن دخل في صوم
التطوع ذكرنا في فصل القراءة من كتاب الصلاة **وقوله** ثم عندنا لانه بيان لمبنى الاختلاف وهو ان الافطار
بعد الشروع ليس بمباح بغير عذر عندنا وعنده مباح فاذا كان غير مباح كان بالافطار جانيا فيلزمه القضاء
واذا كان مباحا لم يكن جانيا فلا يلزمه القضاء **وقوله** والضيافة عذر يعني على الاظهر روى الحسن عن ابي
حنيفة انها ليست بعذر لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعي احدكم فليجب فان كان مفطرا
فليأكل وان كان صائما فليصل اي فليدع لهم ووجه الاظهر ما روي انه صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة رجل
من الانصار فامتنع رجل من الاكل وقال اني صائم فقال صلى الله عليه وسلم انما دعاك اخوك لتكرمه فافطر واقض
يوما مكانه ومن المشايخ من قال ان كان صاحب الدعوة يرضى بمجرد حضوره ولا يتأذى بترك الاكل لا يفطر وان
كان يتأذى يفطر ويقضي وقال في الذخيرة هذا كله اذا كان الافطار قبل الزوال واما اذا كان بعد الزوال
فلا ينبغي له ان يفطر الا اذا كان في ترك الافطار عقوق الوالدين او احدهما **وقوله** واذا بلغ الصبي او اسلم
الكافر الاصل في هذا ان كل من صار في اخر النهار بصفة لو كان عليها في اوله لزمه الصوم فعليه الامساك
كالحائض والنفساء تطهران بعد طلوع الفجر ومعه والمجنون يفيق والمريض يبرأ والمسافر يقدم بعد الزوال
او الاكل والمفطر عمدا او خطأ او مكرها او اكل يوم الشك ثم تبين انه من رمضان او افطر على ظن غروب الشمس
او تسحر على ظن عدم طلوع الفجر والامر بخلافه ومن لم يكن كذلك لا يجب عليه الامساك كما في حالة الحيض
والنفاس ثم وجوب الامساك انما هو على قول بعض المشايخ وهذا اختيار المصنف على ما يذكر بعد **قوله**
اذا قدم المسافر او طهرت الحائض وقال الشيخ الامام الصفار والصحيح انه على الاستحباب لان محمدا ذكر في كتاب
الصوم فليتصدق بقية يومه والامر للوجوب وقال في الحائض اذا طهرت في بعض النهار فلتدع الاكل والشرب وهذا
امر ايضا وقال بعضهم هو على الاستحباب ذكره محمد بن شجاع لانه مفطر فكيف يجب عليه الكف عن المفطرات وقال
ابو حنيفة في الحائض تطهر في بعض النهار لا احسن لها ان تأكل وتشرب والناس صيام واجيب عن الثاني بان هذا
الامساك ليس على جهة الصوم حتى ينافي الافطار المتقدم وانما هو قضاء لحق الوقت بالتشبه ومعنى قول ابي حنيفة
لا احسن لا نبيح منها وترك القبيح فرض من الواجبات **وقوله** ولو افطرا فيه اي فيما بقي من يومهما لا قضاء عليهما

عند الصلوة

لان الصوم غير واجب عليهما بل الامساك هو الواجب ولا قضاء الا للصوم وصاما ما بعده من الايام لتحقق السبب
وهو شهود الشهر والاهلية بالاسلام والبلوغ ولم يقضيا يومهما يعني اذا امسكا بقية النهار وانما قلت
هذا لئلا يتكرر مع قوله لا قضاء عليهما **قوله** ولا ما مضى اي لم يقضيا ما مضى من الايام قبل البلوغ والاسلام
لعدم الخطاب لانه انما يكون عند الاهلية وكانت منتفية فيهما فان قيل انتفاء الاهلية في اول النهار
لا يمنع وجوب القضاء كالمجنون اذا افاق في يوم من رمضان قبل الزوال والاهل ونوى الصوم يقع عن
الفرض ولو افطر وجب عليه القضاء اجيب بان الصوم لم يكن واجبا عليه وقت طلوع الفجر اجيب بان الاسلام
ان الوجوب لم يكن ثابتا عليه في ذلك الوقت بل الوجوب في حقه كان ثابتا الا انه لم يظهر ان عند استغراق
وقوله وهذا اي ما ذكرنا من عدم وجوب قضاء صوم ذلك اليوم الذي بلغ فيه الصبي
او اسلم الكافر بخلاف الصلاة حيث يجب قضاؤها اذا بلغ او اسلم لما ذكر في الكتاب وهو الصحيح احترازا عن
رواية عن ابي يوسف انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال فعليهما القضاء لما ذكر فيه وهو نظر من اصح
نا وبالفطر ولو نوى قبل الزوال لا يصوم اجزاه ولا شك ان نية الفطر منافية للصوم لكنها منافية
حكم الاحتيقية وحكمه ظاهر لانه فيه مساواة الاهل لغير الاهل وجه الظاهر ما ذكر في الكتاب ويجوز
كما ترى على التفرقة بين من له الاهلية وفاقدها واكثر المشايخ على التفرقة بينهما في النفل ايضا
اذا بلغ قبل الزوال ونوى صوم النفل يصح والكافر اذا اسلم ونوى النفل يصح وذكر في الجامع الصغير في
صحة نية التطوع سواء وكان الاختلاف في النفل كالاختلاف في الفرض **وقوله** واذا نوى المسافر الافطار
ثم قدم المصر قبل الزوال ونوى الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب لانها بالذمة الصالحة للوجوب
وهو ثابت في حقه ولا صحة الشروع لانه لو صام صح وان كان ذلك في رمضان يعني المسافر الذي نوى الافطار
فعليه ان يصوم لزوال المرخص وهو السفر في وقت النية لان فرض المسألة فيما اذا قدم قبل انتصاف
النهار وقيل في كلام المصنف تكرار لان المسألتين كلتيهما في مسافر قدم المصر في رمضان قبل الزوال
واجيب بان المسألة الاولى في غير رمضان وردنا بان قوله لانه ينافي اهلية الوجوب يأباه لانه لا يستعمل في
غير الفرض واجيب بان معناه لا ينافي اهلية الثبوت وفيه تكلف وبان معناه المكنى المنظور والصوم هو
ان يكون نذرا معينا وصورته نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل انتصاف النهار فعليه ان يصوم
ذلك اليوم ونواه اجزاه فكانت الاولى في غير رمضان والثانية فيه فلا تكرار **وقوله** فهذا اي فعل
في وجه الاولوية زال المرخص وهو السفر ثم وقت الافطار في تلك المسألة ومع ذلك لم يبح له الافطار
فلان لا يباح في هذه المسألة وهو ليس بقائم فيه اولى **وقوله** في المسألتين يعني مسافرا اقام ومقيما سافر
قال ومن اغمي عليه في رمضان الاغماء اما ان يكون مستغرقا او لا فان كان الثاني فاما ان يحدث في اول الليلة
او في غيرها فان كان في غيرها سواء كان في ليلة او نهار لا يقضي صوم ذلك اليوم الذي حصل فيه او في ليلته
الاغماء وكذا اذا كان في اول ليلته لان الامساك موجود لا محالة وكذا النية ظاهر حال المسلم في ليالي رمضان
على الخلاف في النية **وقوله** ولا يقضيه كما ذكر من قوله لانه نوع مرض الى اخره وكلامه واضح **وقوله**
ومن جن في رمضان كله قال شمس الائمة الحلواني المراد بقوله كله ما يمكنه الصوم فيه ابتداء حتى لو افاق
بعد الزوال من اليوم الاخير من شهر رمضان لم يلزمه القضاء لان الصوم لا يصح فيه كالليل هو الصحيح
قوله هو يعتبره بالاغماء يعني من حيث ان كلا منهما مرض يخل بالعقل فيكون عذرا في التأخير لا في الاسقاط
الاسقاط كما في الاغماء **وقوله** ولنا ظاهر **وقوله** مما يتوجه لم يجب عليه الاداء اي اذا كان ذلك البعض لا يحتمل
الاهلية وكل من لم يجب عليه الاداء لم يجب عليه القضاء لان القضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب منه منع
القضاء في الكل فاذا وجد في البعض منع نفذ اعتبارا للبعض بالكل ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر اي بعضه

الاغماء

لان الاغماء

فان المستوعب

لان السبب لو كان كله لوقع الصوم في شوال وكان بعد نزول الآية وانما قال فمن شهد منكم بعض الشهر فليصم الشهر
كله لان الضمير يرجع الى المذكور دون المضمر والمجنون الذي لم يستغرق جنونه الشهر قد شهد بعض الشهر
فيصوم كله فان قيل يجوز ان يمتنع عن ذلك مانع وهو عدم الاهلية فيما مضى اجاب بان الاهلية للوجوب
بالذمة وهي كونه اهلا للايجاب والاستيجاب وهي موجودة لانها بالآدمية فان قيل لو كان ما ذكرتم صحيحا
لوجب على المستغرق ايضا اجاب بقوله ولا فائدة في الوجوب لانه لو وجب لسقط بسبب الحرج بعد
الوجوب قضاء وكان كالصبا لان الصبا لما كان ممتدا كان في الايجاب عليه حرج وهو مسقط فلا فائدة فيه
والحاصل ان الوجوب في الذمة لا ينعدم بسبب الاغماء والصبا والجنون الا ان الاغماء لا يطول عادة فلا يسقط
القضاء والصبا يطول فيسقطه دفعا للحرج والجنون يطول تارة ويقصر اخرى فاذا طال التحق بالصبا واذا لم يطل التحق
بالاغماء والطويل في الصوم ان يستوعب الشهر كله وفي الصلاة ان يزيد على يوم وليلة ثم لا فرق بين الجنون
الاصلي وهو ان يبلغ مجنونا والعارض وهو ان يبلغ عاقلا ثم يجن فيكون هذا اي عدم الفرق بين الجنونين ظاهر
الرواية وعن محمد رحمه الله انه فرق بينهما فقال ان بلغ مجنونا ثم افاق في بعض الشهر ليس عليه قضاء ما مضى
لان ابتداء الخطاب يتوجه اليه الآن فكان كصبي بلغ وروى هشام عن ابي يوسف انه قال في القياس لا قضاء
عليه ولكني استحسن فاوجب عليه قضاء ما مضى من الشهر لان الجنون الاصلي لا يفارق العارض في شيء من
الاحكام وليس فيه رواية عن ابي حنيفة واختلف فيه المتأخرون على قياس مذهبه والاصح انه ليس
عليه قضاء ما مضى كذا في المبسوط والى هذا اشار بقوله هذا اي المروي عن محمد مختار بعض المتأخرين منهم الامام
ابو عبد الله الجرجاني والامام الرستغفني والزاهد الصفار رحمهم الله **وقوله** ولو لم ينو في رمضان كله يعني
امسك عن المفطرات لكنه لم ينو صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه قال الهندواني هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير
ولا بد لها من تاويل لان دلالة حال المسلم كافية لوجود النية كالمغمى عليه في رمضان يجعل صائما يوم اغمي
عليه لان ظاهر حاله عدم الخلو عن النية وان لم يعرف منه وتاولوا بان يكون مريضا او مسافرا او
متهتكا اعتاد الاكل في رمضان فلم يصلح حاله دليلا على نية الصوم كذا ذكره فخر الاسلام واري انه ليس
يحتاج الى التاويل لان حال المسلم دليل اذا لم يعرف منه كما في المغمى عليه والغرض في هذه المسئلة
العلم بانه لم ينو شيئا باخباره بذلك والدلالة انما تعتبر اذا لم تخالف الصريح وقال زفر يكون صائما لا قضاء
عليه لان صوم رمضان يتادى بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي
وجه اداه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير [illegible] روي عن عطاء وانكر الكرخي ان يكون هذا
مذهب زفر وقال المذهب عنده ان صوم الشهر كله يتادى بنية واحدة كما هو قول مالك وقال ابو
اليسر هذا قول زفر في صغره ثم رجع عنه وانما قيد بالصحيح المقيم لان المريض والمسافر اذا امسكا من غير نية
[illegible] واعترض بان هبة النصاب [illegible] على ما في الكتاب واجيب بان
معناه على قود مذهبكم وبان تاويله ان يكون الفقير مديونا فان دفع النصاب اليه جائز بالاتفاق ويجوز
ان يقال اراد بالفقير الجنس كان الدفع متفرقا وكما ان المستحق هو الامساك عادة كالامساك عادة الا انه
في هبة النصاب قد وجدت النية [illegible] الزكاة ومن اصبح غير ناو للصوم فافطر قبل الزوال او بعده
فلا كفارة عليه عند ابي حنيفة وقال زفر عليه الكفارة لانه يتادى عنده بغير النية وقد افسد المستحق
عليه شرعا فتجب الكفارة كما لو نوى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وفخر الاسلام جعل هذا قول
ابي يوسف خاصة اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل لكونه وقت النية فصار
كغاصب الغاصب فان المالك اذا ضمنه فانما يضمنه لتفويت الامكان وتفويت امكان الشيء كتفويته ولا
لا نسلم ان التضمين لتفويت الامكان لم لا يكون للاستهلاك اي الغصب نفسه من الغاصب [illegible]

[illegible] لا يخرج [illegible]

التفويت ولا يضاف الحكم الى الشرط مع قيام صاحب العلة ولم يتحقق الغصب لانه ما زال يدا محقة فلم يكن الا التفويت
ووجه ابي حنيفة ظاهر مكشوف واما ما قال من تفويت الامكان فهو مستقيم في غير ما نحن فيه [illegible]
البينات في باب العدوان **وقوله** واذا حاضت المرأة او نفست بضم النون اي صارت نفساء وكلامه
ظاهر **وقوله** واذا قدم المسافر قد قدمنا الاصل الجامع لهذه الفروع وكلامه كما ترى يشير الى اختياره
وجوب الامساك اذ لو لم يكن كذلك لا يرتفع الخلاف فان الشافعي رحمه الله يقول بعدم الوجوب بناء
على ان التشبه خلف والخلف لا يجب الا حيث يجب الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا يعني الذي اكل
يوم الشك ثم ظهر انه من رمضان او تسحر على ظن ان الليل باق وكان الفجر طالعا الا الذي اخطأ في المضمضة
ودخل الماء في جوفه فانه لا يفطر عنده وقلنا لا نسلم ان التشبه خلف لان بعض الشيء لا يكون خلفا عن الكل بل هو
قضاء لحق الوقت اصلا لان هذا الوقت معظم ولهذا وجبت الكفارة على المفطر فيه عمدا دون غيره
وكذا قال صلى الله عليه وسلم من تقرب فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن ادى فريضة فيما سواه ومن ادى
فريضة فيه كان كمن ادى سبعين فريضة فيما سواه واذا كان معظما وجب قضاء حقه بالصوم
ان كان اهلا وبالامساك ان لم يكن واذا لم يكن خلفا لا يكون وجوبه مبنيا على وجوب الاصل كالحائض
والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم الامساك لتحقق المانع عنه وهو قيام هذه الاعذار فانه
كما يمنع عن الصوم يمنع عن التشبه به اما في الحائض والنفساء فلان الصوم عليهما حرام والتشبه بالحرام
حرام واما في المريض والمسافر فلان الرخصة في حقهما باعتبار الحرج فلو الزمنا التشبه عاد على موضوعه
بالنقض واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع وهو قد طلع او افطر بناء على ظنه فسد صومه ولزمه
امساك بقية يومه ويجب عليه القضاء ولا تجب عليه الكفارة ولا اثم به اما فساد صومه فلانتفاء
ركنه بخلط يمكن الاحتراز عنه في الجملة بخلاف النسيان واما امساك البقية فلقضاء حق الوقت
بالقدر الممكن كما ذكرنا آنفا او لنفي التهمة فانه اذا اكل ولا عذر به اتهمه الناس بالفسق والتحرز عن مواضع
التهم واجب بالحديث واما القضاء فلان الحق مضمون بالمثل شرعا فاذا فوته قضاه كالمريض والمسافر واما
عدم الكفارة فلان الجناية قاصرة لعدم القصد وبعض المشايخ استدل بما روي عن عمر رضي الله عنه انه كان جالسا
مع اصحابه في رحبة مسجد الكوفة عند الغروب في شهر رمضان فاتي [illegible] فشرب منه هو واصحابه
فامر المؤذن ان يؤذن فلما رقي المئذنة راى الشمس لم تغب فقال الشمس يا امير المؤمنين فقال عمر
بعثناك داعيا ولم نبعثك راعيا ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير ففيه دلالة على لزوم القضاء وعدم
الاثم وان جعلت الموضع موضع بيان ما يجب فيه دل على عدم الكفارة ايضا لان السكوت في موضع
الحاجة بيان والحق المثل **فان قيل** ما يدل عليه عبارة الكتاب هو ما يكون [illegible] الشك
في طلوع الفجر لا تجب عليه الكفارة واذا شك في غروب الشمس وجبت والفرق انه من شك في غروب
الشمس فافطر كان الفطر على سبيل التعدي لانه كان متيقنا بالنهار شاكا بالليل واليقين لا يزول بالشك وفي طلوع
الفجر العكس [illegible] في كلام المصنف تصريح بذلك ولكنه قال ينبغي ان تجب الكفارة [illegible] فيه اختلاف المشايخ **وقوله**
والمراد بالفجر الظاهر **وقوله** ثم التسحر السحر السدس الاخير من الليل قال الليث [illegible] والسحور اسم لما يؤكل في
ذلك الوقت وقوله صلى الله عليه وسلم فان في السحور بركة اي في اكله والمراد بالبركة زيادة القوة على اداء
الصوم ويجوز ان يكون المراد بها نيل زيادة الثواب لاستنانه بسنن المرسلين ثم تاخير اكل السحور مستحب
لما ان نفس السحور مستحب وتاخيره مستحب ايضا فكان التاخير مستحبا في مستحب لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث من اخلاق
المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور والسواك لما كان [illegible] في المرسلين وتاخير السحور من سننه
[illegible] من اخلاق المرسلين وان لم يكن السحور [illegible] تقدم من الشرايع لان مقابلة الجمع بالجمع يقتضي

يعني من [illegible]

[illegible] في ذلك فالجواب انه [illegible]

انقسام الاحاد على الاحاد وفيه نظر لانه يقتضي ان يكون كل من تعجيل الافطار والسواك سنة لنبي محمد ص
فلم يكن سنة لنبينا فالجواب الحق ان يقال سنة مما صدر من واحد جماعة الى الكل كما في قوله تعالى واذا قتلتم
نفسا الاية فالحق فيه كذلك ما بال السحور فانه قيل ما دخله جعل تاخير السحور من اخلاق المرسلين وهو مختص
باهل الاسلام فان النبي صلى الله عليه وسلم قال الفرق ما بين صيامنا وصيام اهل الكتاب اكلة السحر اجيب
بان المراد به الاكلة الثانية فانها كانت تجري مجرى السحور في حقهم ونحو ذلك ثم لا منافاة بين الحديثين
فان الاول يدل على انه من اخلاق المرسلين والثاني يدل على ان اهل الكتاب ما كان لهم سحور بعد الغير الاول
... الجواد ان يكون لهم اثنا وهم يحسبون **وقوله** الا انه اذا شك في الفجر الظاهر **وقوله** على ظاهر الرواية
لا قضاء عليه هو الصحيح لان الليل هو الاصل فلا ينتقل عنه الا بيقين واكبر الراي ليس كذلك **وقوله** رواية
واحدة قال في النهاية اي يجب عليه القضاء والكفارة لان النهار كان ثابتا وقد انضم اليه اكبر الراي فصار في
اليقين وقد اشرنا اليه في الجواب المذكور وانما قال رواية احترازا عما اذا كان ... لان في الفطر لان فيه
روايتين كما ذكرنا **وقوله** ومن اكل في رمضان ناسيا ظاهر لانه ان ... اشتبه الى القياس لان القياس الصحيح
يقتضي انه لا يبقى الصوم بانعدام ركنه بالاكل ناسيا ~~ظاهر لانه ... الى القياس لان القياس الصحيح~~
~~يقتضي ان ... الصوم ... بالاكل ناسيا~~ فاذا الكل ... فعله الصوم فلا يجب عليه الكفارة
وقوله لا للاشتباه فيه فاذا علم الحديث علم ان القياس متروك والمتروك لا يورث شبهة فلا شبهة **وقوله**
ووجه الاول يعني عدم وجوب الكفارة قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس وهذا لان الشبهة الحكمية
هي الشبهة في المحل وهي التي تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته فلا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده كما
سيجيء في كتاب الحدود والقياس دليل قائم ينفي حرمة الاكل الثاني ... ذلك الحكم ... لا باجارية ابنه
فانه لا يجب به الحد وان كان الابن عالما بالحرمة اولا **وقوله** ولو احتجم صورته ظاهرة **وقوله** لان الظن ما استند
الى دليل شرعي فان الحجامة كالفصد في خروج الدم من العرق والفصد لا يفسد فكذا الحجامة لا يقال لم يجوز
ان يكون كدم الحيض والنفاس فانه ليس فيه وصول شيء الى باطنه ولا قضا شهوة ومع ذلك يفسد الصوم
لان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس كما لا يشتغل فان قيل فلتكن الحجامة كذلك لقوله صلى الله عليه وسلم
افطر الحاجم والمحجوم **اجيب** بانه صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم رواه ابن عباس رضي الله عنهما وروي
ايضا احتجم صلى الله عليه وسلم وهو محرم صائم بين مكة والمدينة فكان الحديث معارضا به فلا يثبت به شيء لا يقال
ما نقله ابن عباس رضي الله عنهما حكاية فعل والقول راجح لان القول انما يكون راجحا اذا لم يكن مؤولا وهذا مؤول
على ما نذكر **وقوله** الا اذا افتاه فقيه يعني حنيفيا لا تجب الكفارة والمراد به فقيه يؤخذ منه الفقه ويعتمد
على فتواه في البلد هكذا روى الحسن عن ابي حنيفة وبشر بن الوليد عن ابي يوسف وابن رستم عن محمد رحمهم
الله لان الفتوى دليل شرعي في حقه فيصير شبهة وان بلغه الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم افطر الحاجم
والمحجوم واعتمده فكذا عند محمد لا تجب الكفارة لان قول الرسول لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف ان
ذلك لا ينفي ولا يسقط الكفارة لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث وان كان
يكون مصروفا عن ظاهره او منسوخا وان عرف تاويله وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بهما وهما معقل بن سنان
مع حاجمه ويغتابان بالاخر فقال افطر الحاجم والمحجوم اي ذهب بثواب صومهما الغيبة او قيل انه غشي على المحجوم
فصب الحاجم الماء في حلقه فقال افطر الحاجم والمحجوم اي فطره ما صنع بهما فوقع عند الراوي انه قال افطر الحاجم والمحجوم
تجب الكفارة لانتفاء الشبهة لانها نشأت من الاعتماد على الظاهر وقد زال بمعرفة التاويل **فان قيل** لا ما ان منشا
الشبهة ذلك وجعله بقول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفة القياس فان الفطر مما يدخل لا مما يخرج بخلاف قوله الاكل في اكل
الناسي لا يقال في عبارته تناقض لانه قال الا اذا افتاه فقيه ودفوا ما لا يكون الا بقوله ثم قال وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة

وايضا الفتوى في هذا الباب لا يكون الا مخالفا للقياس فكيف يكون شبهة من غير الاوزاعي دونه لانا نقول ان
ذلك بالنسبة الى العامي وهذا بالنسبة الى من عرف التاويل ولو اكل بعد ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة
كيف ما كان اي سواء بلغه الحديث اولم يبلغه عرف تاويله اولم يعرف افتاه مفت او لم يفت لان الفطر ...
مخالف القياس والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الغيبة تفطر الصائم مؤول بالاجماع بان المراد به
ذهاب الثواب فلم يوجد الدليل النافي للحرمة في ذاته فلا يكون شبهة بخلاف حديث الحجامة فان بعض
العلماء اخذ بظاهره من غير تاويل **وقوله** واذا جومعت النائمة او المجنونة اما صوم النائمة فظاهر واما
المجنونة فقد تكلموا في صحة صومها لانها لا تجامع لجنونه وحكي عن ابي سليمان الجوزجاني قال قرات
على محمد هذه المسئلة قلت له كيف صيامها وهي مجنونة فقال لي دع هذا فانه انتشر في الافق ومن المشايخ
من قال الكاتب كتب في الاصل مجبورة فظن انها مجنونة ولهذا قال دع فانه انتشر في الافق واكثرهم
قالوا تاويله انها كانت عاقلة بالغة في اول النهار ثم جنت فجامعها زوجها ثم افاقت وعلمت بما فعل
بها زوجها وقال زفر والشافعي لا قضاء عليها الحاقا بالناسي لان العذر فيها ابلغ لعدم القصد **ولنا**
ان الحاقا انما يصح ان لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك لان النسيان يغلب وجوده فيفضي الى
الحرج وهذا اي جماع النائمة والمجنونة نادر فالقضاء لا يفضي الى الحرج ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية لعدم القصد

فصل فيما يوجبه على نفسه

لما فرغ من بيان ما اوجب الله تعالى على العباد شرع في بيان ما يوجب العبد على نفسه لانه فرع على الاول
وللنذر شرطان ان يكون من جنسه ما اوجبه الله تعالى وان يكون واجبا بايجاب الله تعالى واذا قال لله علي صوم يوم
النحر افطر وقضى وقال زفر والشافعي لا يصح نذره وهو رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة لان هذا نذر
بالمعصية لورود النهي عن صوم هذه الايام قال صلى الله عليه وسلم الا لا تصوموا في هذه الايام الحديث
والنذر بالمعصية غير صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لا نذر في معصية الله **ولنا** ان هذا نذر بصوم
مشروع لان الدليل على مشروعيته وهو كونه كفا للنفس التي هي عدو الله عن شهواتها لا ينفصل عن
يوم ويوم فكان من حيث حقيقته حسنا مشروعا والنذر بما هو مشروع جائز وما ذكرتم من النهي
فانما هو لغيره الجاور وهو ترك اجابة دعوة الله لان الناس اضياف الله في هذه الايام واذا كان النهي
لا يمنع صحته من حيث ذاته ولقائل ان يقول الامساك في هذه الايام يستلزم ترك اجابة الدعوة المنهي
وترك الاجابة منهي عنه قبيح فما يستلزمه كذلك والجواب انا لا نسلم ذلك بل انه لو امسك حمية او لضعف
او لعدم ما ياكله لا يكون تاركا للاجابة فان قيل الامساك عبادة يستلزمه قلنا كان ذلك لا بالوجه والاعتبار
ان نقول لهذا الصوم من حيث انه ترك اجابة دعوة الله قبيح ومن حيث انه قهر للنفس الامارة بالسوء على قصد
التقرب الى الله حسن فيصح النذر لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان
صام فيه يخرج عن العهدة لانه اداه كما التزمه فان ما وجب ناقصا يجوز ان يتادى ناقصا فان قلت سمي
المصنف هذا النوع من النهي مجاورا وهو بخلاف ما في كتب اصحابنا في اصول الفقه قاطبة فانهم سموه بالمتصل
واما المجاور فجعلوا مثل البيع عند اذان الجمعة قلت سؤال حسن والتفصي عن عهدته مما يه مشكل وتقريره
كما هو فيكاف لتعريفه نطلب عنه من مباحث الاصول **قال** وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني المسئلة
على ستة اوجه والجميع مذكور في الكتاب ففي الثلاثة الاولى وهي ما اذا لم ينو شيئا او نوى انه لا يكون نذرا
وفي الاثنين وهو ان ينويهما او ينوي اليمين لا غير يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند

ابي يوسف في الاول نذر وفي الثاني يمين ثم الوجوه الاربعة المتفق عليها ظاهرة وكفى بعدم التنازع دليلا واما وجه
الباقيتين فلابي يوسف ان النذر فيه اي في هذا الكلام حقيقة لعدم توقفه على النية واليمين مجاز
لتوقفه عليها لان اللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز فاذا نويهما فالحقيقة مرادة فلا يكون المجاز مرادا
واذا نوى اليمين تعين المجاز فلا تكون الحقيقة مرادة ولهما انه لا تنافي بين الجهتين يعني ان النذر من باب
اليمين موضوع للوجوب ومستعمل في الوجوب وليس بمستعمل في غير الوجوب ايضا حتى يلزم الجمع بين الحقيقة
والمجاز بل انه مستعمل في جهتين لا تنافي بينهما لانهما تثبتا احدهما من النذر لانه يقتضيه لعينه ولهذا يجب القضاء
اذا تركه والاخرى من اليمين لانه يقتضيه لغيره وهو صيانة اسم الله تعالى عن الهتك ولهذا لا يجب القضاء
بالكفارة وكل واحد من المشتبهات دليل شرعي يجب العمل به اذا امكن والعمل بهما ممكن لعدم التنافي
بينهما فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض هذا
الذي ظهر لي من كلامه في هذا الموضع وللناس في تحقيق هذه المسئلة على مذهبهما انواع من التوجيه
فمن شوق الى مطالع النظر **وقوله** ولو قال لله علي ان اصوم هذه السنة يعني اذا نذر صوم سنة فلا يخلو اما ان
يعينها بقوله هذه السنة او اطلقها بان قال سنة فان كان الاول لزمه صوم السنة الا انه افطر
الايام الخمسة وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام ولم يجب عليه قضاء رمضان لانه
صومه لم يجب بهذا النذر ولو صام الايام الخمسة جاز لما تقدم وان كان الثاني فاما ان يشترط التتابع
او لا فان شرط فحكمه حكم المعينة وان لم يشترط لم يجزه صوم هذه الايام ويقضي خمسة وثلاثين
يوما خمسة للايام الخمسة وثلاثين لرمضان وكلامه واضح ومعنى جواز صوم هذه الايام وعدم جوازه
انه وجب متكاملا فلا يتأدى ناقصا وما وجب ناقصا جاز ان يتأدى ناقصا **وقوله** والفرق لابي حنيفة
وهو ظاهر الرواية يعني فرقا بين النذر والشروع في الصوم وبين الشروع في الصلاة في الاوقات المكروهة
فان في النذر يلزم القضاء وفي الشروع في الصوم لا يلزم وفي الصلاة يلزمه اذا افسدها وحاصل الفرق
بين النذر والشروع في الصوم ان الشروع احداث الفعل في الخارج وهو لا ينفك عن ارتكاب المنهي
عنه وهو ترك اجابة الدعوة فيجب ابطاله فلا تجب صيانته ووجوب القضاء على وجوب الصيانة
واما النذر فانما هو ايجاب في الذمة وهو امر عقلي وجاز للعقل ان يجرد الاصل عن الوصف فلم يكن
مرتكبا للمنهي عنه واما الشروع في الصلاة في الاوقات المكروهة فانما صار موجبا للقضاء لان مانع
فيه لا يكون صلاة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلاة فلم يكن الشروع في الابتداء احداثا
لفعل الصلاة في الخارج فكان كالنذر في الانفصال عن ارتكاب المنهي عنه فيجب الصيانة والقضاء بتركها هذا غاية
ما في توجيه كلامه

باب الاعتكاف

وجه تقديم الصوم على الاعتكاف وجه تقديم الوضوء على الصلاة ويأتي صفته قبل بيان تفسيره
لانه من حيث علم الفقه فان قيل المواظبة ثابتة من غير ترك فالجواب ما قالت عائشة رضي الله عنها ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم كان يعتكف في العشر الاواخر من رمضان حين قدم الى المدينة الى ان توفاه الله
تعالى … ولم يكن تركه … فكانت المواظبة بلا ترك …
… وهو الحبس … قوله تعالى والهدي معكوفا واما
تفسيره شرعا … اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف وهو مركب من ركنه وهو اللبث …

عنه لغة

عنه لغة كما ذكرنا وبعض شرائطه وهو الصوم والنية واما النية فهي شرط في جميع العبادات واما الصوم
فهو شرط عندنا خلافا للشافعي فهو يقول الصوم عبادة هو اصل بنفسه وهو ظاهر وكل ما هو كذلك لا يكون شرطا
لغيره … فاصل … ان لا يكون الصوم شرطا … قوله صلى الله عليه
وسلم لا اعتكاف الا بالصوم رواه عائشة رضي الله عنها … في مقابلة النص المنقول …
… احدهما … قوله تعالى …
… في المساجد … الصوم …
… في الليل … والصوم …
وقوله واخبر … عن الاول بانه لا … الاعتكاف … وهو احد
ركني الصوم …
كالحج … الجماع …
على المعتكف … كان صوما …
صوم … **وقوله** …
منه رواية … **وقوله** …
لا يكون اقل من يوم … **وقوله** …
لا يكون … **وقوله** …
الاعتكاف … **وقوله** …
نفهم منه الفرق بين من شرع في الاعتكاف وفي الصوم والصلاة متطوعا حيث لم يجب عليه قضاء
شيء في الاول لكونه غير مقدر ووجب عليه في الاخرين لان الصوم مقدر بيوم والصلاة بركعتين
وقوله ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة هذا ايضا من شروطه وان مسجد الجماعة هو الذي
يكون له امام ومؤذن اديت فيه الصلوات الخمس او لا لقول حذيفة بن اليمان رضي الله عنه لا اعتكاف
الا في مسجد جماعة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لما ذكر
في الكتاب وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي افضل الاعتكاف ان يكون في المسجد الحرام ثم في مسجد
المدينة وهو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم في مسجد بيت المقدس ثم في المساجد العظام التي كثر
اهلها **وقوله** اما المرأة فتعتكف في مسجد بيتها هذا عندنا وقال الشافعي الاعتكاف للرجال والنساء
الا في مسجد جماعة لان المقصود من الاعتكاف تعظيم البقعة فيختص ببقعة معظمة شرعا وهو لا يوجد
في مساجد البيوت ولنا ان موضع اداء الاعتكاف في حقها الموضع الذي يكون صلاتها فيه افضل كما في
حق الرجل وصلاتها في مسجد بيتها **وقال** ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة كلامه
واضح الى قوله لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع فانه ان كان اعتكافه دون سبعة ايام اعتكف في اي
مسجد شاء وان كان سبعة ايام فصاعدا اعتكف في مسجد الجامع فلم يتحقق الضرورة المطلقة للخروج
ولنا ان الدليل قد دل على ان الاعتكاف في كل جامع مشروع واذا صح الشروع تحقق الضرورة المطلقة
للخروج اليها لان تركها صيانة للاعتكاف لا يجوز لكونها دونه في الوجوب لكونها واجبة بايجاب
الله وهو واجب بايجاب العبد وليس للعبد اسقاط ما وجب بايجابه **وقوله** فلا يأثم في مسجدين من
غير ضرورة فيه بذلك لانه اذا لم يكن ثمة ضرورة مثل ان يعتكف في مسجد يهدم جاز له الخروج الى مسجد آخر لانه
مضطر الى الخروج فكان عفوا **وقوله** وهو القياس لان ركن الاعتكاف هو اللبث في المسجد والخروج معدود
له فكان القليل والكثير سواء كالاكل في الصوم والحدث في الطهارة **وقوله** لان في القليل ضرورة بيانه ان المعتكف

اذا خرج لحاجة الانسان لا يؤمر بان يسرع في المشي وله ان يمشي على التؤدة فكان القليل عفوا والكثير ليس بعفو فجعلنا الحد الفاصل بينهما الاكثر من نصف يوم اعتبارا بنية الصوم في رمضان اذا وجد في اكثر اليوم جعلت كانها وجدت في جميع اليوم لان القليل تابع للكثير وقوله لم يكن له مأوى الا المسجد يعني غير المسجد لانه لا مأوى له فيلزم من ذلك ان يكون الاكل فيه حينئذ وقوله ولا بأس بان يبيع ويبتاع يعني ما لا بد منه من حوائجه الاصلية واما ما كان للتجارة فهو مكروه الا ترى الى قوله ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه فاذا كان لغير المعتكف مكروها فما ظنك بالمعتكف وقوله ولا يتكلم الا بخير يعني ان التكلم بالشر من المعتكف اشد حرمة منه في غيره فكان من قبيل قوله تعالى فلا تقل لهما اف من ان التكلم فان قلت الكلام وان كان حراما مطلقا لكنه قيده بالاشارة بانها منها اشد حرمة وقوله ويكره له الصمت قيل معناه ان لا يبتدئ بتكلم اصلا كما كان في شريعة من قبلنا وقيل ان يصمت ولا يتكلم اصلا من غير تدبر سابق وقيل معناه ان ينوي الصوم المعهود وهو الامساك عن المفطرات الثلاث مع زيادة نية ان لا يتكلم وهذا اقوى للتعليل الذي في الكتاب بقوله لان صوم الصمت ليس بقربة فانه روي عن ابي حنيفة عن عدي بن ثابت عن ابي حازم عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم الوصال وصوم الصمت فقال الراوي وهو زكريا بن ابي زائدة قلت لابي حنيفة ما صوم الصمت قال ان تصوم ولا تكلم احدا في يوم الصوم وقوله لكنه يجانب ما يكون مأثما اي انما متصل بقوله يكره له الصمت لا بقوله في عبارته لان قوله ولا يتكلم الا بخير يقتضي حصر ان يكون الكلام بخير وقوله يجانب ما يكون مأثما يقتضي جواز التكلم بما هو مباح وذلك تناقض لانا نقول لما ليس بمأثم فهو خير عند الحاجة اليه لان الخير عبارة عن الشيء الحاصل لما من شأنه ان يكون حاصلا له اذا كان مؤثرا والتكلم بالمباح عند الحاجة اليه كذلك وقوله ويحرم على المعتكف الوطء يحتاج الى تأويل لان المعتكف انما يكون في المسجد فلا يتهيأ له الوطء واوله بانه نزله الخروج للحاجة الانسانية فعند ذلك يحرم عليه الوطء لان اسم المعتكف لا يزول عنه بذلك الخروج وذكر في شرح التأويلات انهم كانوا يخرجون ويقضون حاجتهم في الجماع ثم يغتسلون ويرجعون الى معتكفهم فنزل قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد وكذلك المس والقبلة لانه اي لان كل واحد من المس والقبلة من دواعي الجماع اذ هو اي الجماع محظور الاعتكاف كما هو محظور الاحرام فكانت الدواعي محرمة فان قيل الجماع يفسد الصوم كما انه يفسد الاعتكاف اجاب بقوله بخلاف الصوم لان الكف عن الجماع ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه ولان المنظلت الركن وانقصوا النهي اليه الغذاء فالوطء محظور الاعتكاف لان محظور الشيء ما نهي عنه لمعنى بعد وجوده مما يفسد الوطء في الاعتكاف كذلك لانه اللبث في مسجد جماعة مع الصوم والنية هذا حقيقته ثم نهي المعتكف ان يرتكب الوطء وهو معتكف بصريح قوله تعالى ولا تباشروهن فصار محظورا فتعدت الحرمة الى الدواعي لان الشبهة في باب المحرمات ملحقة بالحقيقة كما قلنا في الاحرام ان حقيقته التلبية باللسان والقلب ثم بعد ما وجد ذلك صار الوطء حراما بقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فتعدت الحرمة الى الدواعي من المس والقبلة واما الصوم فالوطء ليس بمحظور على ما ذكرنا من تفسير المحظور فان ركن الصوم الكف عن الوطء ثبت بقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل بعد قوله فالآن باشروهن وبين الحد بقوله حتى يتبين لكم الخيط الابيض ولا يتبين اذ ذلك حرمة الجماع المفوت للركن وهو الكف عن الوطء ثبت بقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل ~~بعد قوله فالآن باشروهن وبين الحد بقوله حتى يتبين لكم الخيط الابيض الآية~~ الركن وهو الكف بالنهي الثابت بالامر ضمنا لا مقصودا ضرورة بقاء الركن والضروري لا يتعدى عن محله فبقيت الدواعي على ما كانت عليه من الحل واعترض بان ظاهر هذا الكلام يدل على ان النهي الضمني لا يقتضي حرمة

الدواعي

الدواعي والقصد يقتضيها وهو منقوض بالنهي عن الوطء حالة الحيض فانه قصد الى ذلك بقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن ولم يحرم الدواعي واجيب بانه لم تحرم فيها لئلا يفضي الى الحرج بكثرة وقوع الحيض ويجوز ان يجاب ايضا بان مبنى الكلام على ان ما كان محظور العمل بما عرف من تفسيره وهو الذي يتعلق والوطء حالة الحيض ليس كذلك هنا وليس وراءها دون قربة وقوله فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا يعني انزل او لم ينزل بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم فان الليل ليس محلا له فان قيل الاعتكاف فرع على الصوم والفرع ملحق بالاصل في حكمه ولو جامع ناسيا في نهار رمضان لم يفسد الصوم فكيف يفسد الاعتكاف اجاب بقوله وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان بخلاف الصوم فانه لا مذكر فيه فان قيل فكان الواجب ان يفسد بالاكل ناسيا كالجماع اجيب بان حرمة الاكل ليست لاجل الاعتكاف بل لاجل الصوم حتى اختصت بوقت الصوم بخلاف الجماع فان حرمته للاعتكاف نشأ فكان كالجماع في الاحرام يستوي فيه القاصد وغيره ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس فانزل بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع ولهذا يفسد به الصوم ولو لم ينزل لم يفسد وان كان حراما لانه ليس في معنى الجماع ولهذا لا يفسد به الصوم فان قيل هلا جعلت نفس المباشرة مفسدة من غير انزال بظاهر قوله تعالى ولا تباشروهن وذلك يحتوي الجماع فيما دون الفرج اجيب بان المجاز وهو الجماع لما كان مرادا بطل ان يكون الحقيقة مرادة ولان الاعتكاف معتبر بالصوم فيها ونفسها لم يفسد الصوم فكذا الاعتكاف وقوله ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام اي ومن قال على ان اعتكف عشرة ايام يلزمه بلياليها متتابعة لما لزمه من لياليها فلما ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي فان تعالى ثلاثة ايام منها ايام والمراد بلياليها لانا اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا او عشرة ايام كان ذلك على الايام والليالي الاتي في القصة ذكر عليه السلام حيث قال ان لا تكلم الناس ثلاثة ايام الا رمزا وقال الا تكلم الناس ثلاث ليال سويا والقصة واحدة وبيانه ما ذكرنا وقوله على سبيل الجمع يدفع ما يقال لقد تقرر في اصول الفقه ان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يحمل ان يراد به الايام النهار ودون الليالي فلا ينقض القاعدة ووجه ذلك ان العرف يفهم ما ذكرنا حتى لو قال على ان اعتكف يوما اختص بياض النهار وكذا في التحفة واما التتابع فلما ذكرنا ان مبنى الاعتكاف على التتابع الى اخره وان نوى الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة فان قيل الحقيقة منصرف اللفظ بدون قرينة او نية فما وجه قوله لانه نوى الحقيقة قلت كانه اختار ما ذهب اليه بعض المشايخ ان اليوم مشترك بين بياض النهار ومطلق الوقت وان حمل على المشترك يحتاج الى ذلك لتعيين الدلالة لا لنفس الدلالة وعلى تقدير ان يكون مجازا كما عليه الاكثر وهو انه مجاز في مطلق الوقت فيما اذا ذكر الايام على سبيل الجمع صارف له عن الحقيقة كما تقدم فيحتاج الى النية دفعا للصارف عن الحقيقة في الدلالة عليها وقوله ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين ظاهر وقوله وقال ابو يوسف قال في النهاية كان من حقه ان يقول وعن ابي يوسف لما ان هذه الرواية غير ظاهرة عنه والدليل على هذا قوله لعل وجه الظاهر وقوله لان المثنى غير الجمع ظاهر وكذلك كان لفظ المثنى ولفظ الفرد سواء لو قال على ان اعتكف يوما لم يدخل الليلة بالاتفاق فكذا في التثنية الا ان الليلة التي تخلل تدخل الضرورة اتصال البعض الاخر بالبعض وهذه الضرورة لم توجد في الليلة الاولى فان قيل لما كان المثنى غير المجموع وجب ان لا يكتفي في الجمعة بالاثنين سوى الامام وقد اكتفى كما تقدم في باب الجمعة اجيب بان الاصل ما ذكرت هنا الا ان فيه العمل بوضاح الوحدان والجمع الاتي وجد في الجمعة معنى لم يوجد في غيرها وهو انها سميت جمعة لمعنى الاجتماع وفي الجماعة والتثنية ذلك فكانت التثنية في تحقق معنى الاجتماع كالجمع فاكتفينا به وجه ظاهر الرواية ان في المثنى معنى الجمع لان الاجتماع فرد

فيلحق بالجمع احتياطا لامر العبادة وفيه تلويح الى انهما انما لم يلحقا المثنى بالجمع في الجمعة لعدم الاحتياط وذلك لان الاحتياط في الخروج عن عهدة ما عليه بيقين وذلك في الالحاق غير متعين لان الجماعة شرط على حدة بالاتفاق وفي كون التثنية بمعنى الجمع تردد لجواز ان يراد ذلك الجمع اذ هي بينهما وفي اشتراط الجمع لا تردد في الخروج فكان شرطا فاما في الاعتكاف فتحي الحاقه بالجمع خروج عنه بيقين لان ايجاب ليلتين مع يومين لفظا موجب ايجاب يومين بينهما

كتاب الحج

لما كان ترتيب العبادات المتقدمة ذلك الترتيب لمعان ذكرت عند كل كتاب اخر الحج هاهنا ضرورة لان الانسان انما يكون من المعاملات اوغرها والعبادة مقدمة والحج في اللغة القصد وفي الشريعة زيارة البيت على وجه التعظيم قوله الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق امنا واما عدل المصنف عن الاراد الى الجمع في قوله والاحرار الى اخره نظرا الى ذوقه فانه لا يتأتى الاجمع عظيم واما وصفه بالوجوب وفريضته محكمة كما صرح بالزكاة وقد ذكرنا وجهه هناك ويجوز ان يكون معناه ثابتا ولازما فان الوجوب يدل على ذلك وفريضته ثبتت بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الاية يعني ثبت حق واجب لله تعالى في رقاب الناس لا ينفكون عن عهدته الا بالاداء ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه صلى الله عليه وسلم قيل له يعني لما نزلت هذه الاية وقال الاقرع يا رسول الله الحج في كل عام او مرة واحدة فقال لا بل مرة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت لاضافته اليه يقال حج البيت والاضافة دليل السببية ولا يتعدد البيت فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف حتى لو اخر بعد استجماع الشرائط اثم رواه عنه بشر والمعلى وعن ابي حنيفة ما يدل عليه اي على الفور وهو ما ذكره ابن شجاع عنه انه سئل عمن له مال ايحج به ام يتزوج فقال بل يحج به فذلك دليل على ان الوجوب عنده على الفور **ووجه** دلالته على ذلك ان في التزوج تحصين النفس الواجب على كل حال والاشتغال بالحج تفويته ولو لم يكن وجوبه على الفور لما امر بتفويت الواجب مع امكان حصوله في وقت اخر لما انه غادر الحج وعند محمد والشافعي على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت للصلاة فكما انها جازت في اخر وقتها يجوز الحج في اخر العمر من اشهر الحج وهذا الدليل محمل لانه يقول الجواز الاخر مختلف وهو انه لا يفوته بالموت فانه قوته اثم واما الشافعي فانه يقول لا اثم بالتاخير وان مات ولم يحج عنه كوقت الصلاة ووجه الاول يعني قول ابي يوسف ان الحج يختص بوقت خاص من كل عام وهو اشهر الحج وكلما اختص بوقت خاص من كل عام فهو اشهر الحج وكلما اختص بوقت خاص وقد فات عن وقته لا يدرك الا بادراك ذلك الوقت بعينه والا لا يكون مختصا به وذلك مدة طويلة يستوي فيها الحياة والموت في سنة واحدة مشتملة على الفصول الاربعة المتضادة للمزاج غير نادر فيضيق احتياطا لا حقيقة وان كان كذلك كيلا يرد عليه انه لو كان مضيقا لوجب ان يكون بعد العام الاول قضاء وليس كذلك لان التضييق انما كان احتياطا لا يلزم ذلك والدليل على هذا لا يوجد بقوله ولهذا كان التعجيل افضل بخلاف الاتفاق فان الاستدلال بالافضلية على الوجوب مما لا يكاد يصح **وقوله** بخلاف وقت الصلاة جواب عن قوله كالوقت في الصلاة وثمرة الاختلاف لا تظهر الا في حق الاعجاص واما ان الواقع في العام الثاني اداء كما في الاول فان التطوع في العام الاول وكان بنية ذلك يكيل احلافا وتمام هذا البحث موضعه اصول الفقه

وانا

واما شرطت الحرية والبلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد حج ولو عشر حجج فعليه حجة الاسلام والفرق بين الحج والصوم والصلاة ان الحج يحتاج الى الزاد والراحلة والعبد لا يملك من المال شيئا والصوم والصلاة ليس كذلك وان حق المولى في الحج يفوت في مدة طويلة فيقدم حق العبد على حق الله تعالى بخلاف الصوم والصلاة **وقوله** والعقل لبيان اشتراط العقل **وقوله** وكذا صحة الجوارح لبيان اشتراط الصحة لان العجز دونها لازم **وقوله** والاعمى اذا وجد من يكفيه الاعمى اذا ملك الزاد والراحلة فان لم يجد قائدا لا يلزمه الحج بنفسه في قولهم وهل يجب الاحجاج بالمال عند ابي حنيفة لا يجب كما لا يجب الجمعة وعن صاحبيه فيه روايتان وفرقا على احدى الروايتين بين الجمعة والحج وقالا وجود القائد في الجمعة اشتبه بل هو غالب فيلزمه الجمعة ولا كذلك القائد للحج **وقوله** واما المقعد فعن ابي حنيفة ظاهر الرواية عنه انه اذا ملك الزاد والراحلة حتى يجب عليه الاحجاج بالمال لان الاصل لما تعطل يجب البدل وهو رواية عنهما وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجب عليه لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة **وقوله** وعن محمد ظاهر قوله ولا بد من القدرة بيان لقوله اذا قدروا على الزاد والراحلة ونعني به القدرة بطريق الملك او الاستئجار بان يقدر على ما يكتري به شق محمل او راس زاملة البعير المحمل الاول كذلك اي جانبيه لان للمحمل جانبين ويكفي للراكب احدهما وراس الزاملة البعير يحمل عليه المسافر متاعه وطعامه من زمل الشيء حمله تفاعله والفا ... **وقوله** وقدر النفقة ذاهبا وجائيا يعني بعد الراحلة نفقة وسط بلا اسراف ولا تقتير لانه صلى الله عليه وسلم سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكتري عقبة اي ما يتعاقبان عليه في الركوب فرسخا وفرسخا او منزلا ومنزلا فلا حج عليه لعدم الراحلة اذ ذاك في جميع السفر **وقوله** ويشترط ان يكون اي ما يقدر به على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن بيان لقوله في اول البحث فاضلا وهو هنا مضبوط على الحال من الزاد والراحلة وقوله ولا بد منه اشارة الى ما ذكر ابن شجاع اذا كانت له دار لا يسكنها وعبد لا يستخدمه وما اشبه ذلك يجب عليه ان يبيعه ويحج به **وقوله** واثاث البيت يعني كالفرش والبسط والات الطبخ وثيابه اي ثياب بدنه وفرسه وسلاحه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية والمشغول بها كالمعدوم **وقوله** وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره قال الله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه **وقوله** وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ومن حولها الراحلة ... وتوسط الحج عند لان شرط وجوبه استطاعة ولا بد من امن الطريق وهو ان يكون الغالب فيه السلامة والاستطاعة بدون الامن اختلف المشايخ فيه على قول ابي حنيفة انه شرط نفس الوجوب او وجوب الاداء فمنهم من ذهب الى الاول لما مر ان الاستطاعة لا تثبت بدونه وهو مروي عنه ومنهم من ذهب الى الثاني لانه صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب الايصاء على من مات قبل الحج ولم يكن الطريق امنا فعند الاولين لا يلزمه الوصية وعند الاخرين يلزمه **وقال** وتعتبر المراة ان يكون لها محرم تحج به الاختلاف المار في امن الطريق في كونه شرط الوجوب او شرط الاداء كانت في محرم المراة والمحرم من لا يجوز له مناكحتها على التابيد بقرابة او رضاع او مصاهرة ولا يحل للمراة ان تحج اذا لم يكن معها محرم او زوج اذا كان بينها وبين مكة ثلاثة ايام فانه كانت ... وان لم يكن لها محرم او زوج لا يجب عليها التزوج للحج لا يجب على الفقير اكتساب المال لاجله وقال الشافعي لها ان تحج في رفقة معها نساء ثقات لحصول الامن من الفتنة بالمرافقة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تحج امراة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها فضلا عن حصول الامن وعورض بان المهاجرة تخرج الى دار الاسلام بدونهما والحجرة

وعندهما يجب وان وجد قائدا وقد عبر عنه المصنف بقوله من يكفيه مؤنة سفره عند ابي حنيفة لا يجب كما لا يجب

ليست من الاركان الخمسة فلان تخرج للحج دهو ههنا اولى واجيب بان ذلك ضرورة الخوف على نفسها الا ترى انها اذا وصلت الجيش من المسلمين في دار الحرب حتى صارت آمنة لم تكن لها تعتد ذلك ان تسافر بدون المحرم فان قيل فسر النبي صلى الله عليه وسلم السبيل بالزاد والراحلة ولم يذكر المحرم اجيب بان ذلك لحجة من جعله شرطا للاداء ومن جعله شرط الوجوب قال لم يذكره لان السائل كان رجلا فان قيل لا نسلم ان الفتنة تزداد بانضمام غيرها اليها فان المسنونة اذا اعتدت في بيت الزوج تخلو له ثقة جاز وان لم يكن انضمامها اليها فتنة اجيب بان انضمام المراة اليها تعينها على ما لا يصير ودينا ونعلم ما عسى تعجز عنه بفكرها وانما لم يكن في المعتدة كذلك لان الاقامة موضع امن وقدرة على دفع الفتنة وفيه نظر لان مثلها لا يعتد بشيء والكلام فيها ولان جانب السد فيها يقتضي جواب المنع ولا قلنا ان يقال نحن ناقصات دين وعقل فلا يؤمن ان تخدع فيكون عليها في الافساد ويشترط في النوطان و فتعجز عن دفعها في الشغب وهذا المعنى معدوم في الحضر لامكان الاستعانة وقوله بخلاف ما اذا كان متصلا بقوله اذا كان بينها وبين مكة ثلاثة ايام وهو واضح وكذا قوله وان وجدت محرما ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض الا ترى انه لا يمنعها من صيام شهر رمضان والصلوات والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها فلهذا كان له ان يحللها من ساعته وقوله وان كان المحرم فاسقا ظاهر واذا بلغ الصبي او اعتق العبد يعني بعدما احرم فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل لعدم الخطاب وشرط الوجوب في حقهما فلا ينقلب لاداء الفرض واعترض بان الاحرام شرط على ما نذكره كالطهارة والشرط يراعى وجوده فحسب الا ترى ان الصبي اذا توضأ ثم بلغ بالسن فصلى بتلك الطهارة جازت صلاته فما بال المحرم لا يجزيه ذلك الاحرام واجيب بان الاحرام عندنا وان كان شرطا على ما سيأتي ولكنه شبيه بالركن باعتبار اتصال الافعال به فصار كالصبي توضأ وشرع في الصلاة فبلغ بالسن فنوى ان تكون تلك الصلاة فرضا لا ينقلب اليها ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية ولهذا لو احصر وتحلل لم يلزمه شيء واذا كان كذلك كان مجانبا للفسخ والشروع في غيره واما احرام العبد فلازم لكونه مخاطبا ولهذا لو اصاب صيدا كان عليه الصوم لانه صار جانيا على احرامه بقتل الصيد وهو مشروع من اهل التكليف بالمال فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره وانما طريق خروجه من ذلك الاحرام اداء الافعال لا يشتغل بتجديد التلبية او بتجديدها فهو باق على ذلك الاحرام فلا يجزيه عن حجة الاسلام

فصل

لما فرغ من ذكر من يجب عليه الحج وذكر شرط الوجوب وما يتبعها شرع في بيان اداء المكنة ابتدأ فيها بافعال الحج وهي المواقيت التي لا يجوز ان يتجاوزها الانسان الا محرما والمواقيت جمع الميقات وهو الوقت المحدود فاستعير للمكان كما استعير المكان للوقت في قوله هنالك الولاية لله والمواقيت خمسة كما ذكر في الكتاب وقوله هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت يعني قبل عليه السلام كيف كان التوقيت لاهل العراق والشام ولم يكونوا مسلمين اجيب بانه صلى الله عليه وسلم علم بطريق الوحي انهم يسلمون فوقت لهم على ذلك وقوله وفائدة التأقيت المنع عن تأخير الاحرام عنها وقوله على قصد دخول مكة قيد بذلك لانه لو لم يقصد ذلك لم يلزمه الاحرام قال في النهاية ان البيت لما كان معظما مشرفا جعل له حصن وهو مكة وحمى وهو الحرم وللحرم حرم وهو المواقيت حتى لا يجوز لمن دونه ان يتجاوزه الا بالاحرام تعظيما للبيت والاصل فيه ان كل من قصد مجاوزة ميقات من المواقيت لا يجوز له الا بالاحرام ومن قصد مجاوزة ميقات لا لاجل ذلك جاز بغير احرام بالاتفاق ومن اتى ميقاتا بنية الحج او العمرة او دخول مكة لحاجة لا يجوز مجاوزته الا بالاحرام لانه قصد مجاوزة ميقات من مواقيت اهل الحل

والحيلة

والحيلة لمن اراد من الافاقي دخول مكة بغير احرام ان يقصد بستانا بني عامر او غيره من الحل فلا يجب الاحرام لانه قصد مجاوزة ميقات واحد وقوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعي فان عنده ان الاحرام يجب عند الميقات على من اراد دخول مكة للحج والعمرة واما من اراد دخولها لقتال فليس عليه الاحرام ثم داخل الحل لان النبي صلى الله عليه وسلم دخلها يوم الفتح بغير احرام وكذا في الداخل للتجارة ثم لا فرق ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فلانه شرط الحج يستوي فيه من كان داخل الميقات يحرم من دويرة اهله وتعظيمها لا يختص بالنسك الحاج وغيره يستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما وما رواه الشافعي من خصوصياته صلى الله عليه وسلم كما قال في خطبته يوم الفتح ان مكة حرام حرمها الله تعالى يوم خلق السموات والارض وانها لم تحل لاحد من قبلي ولا تحل لاحد بعدي وانما احلت لي ساعة من نهار الى يوم القيامة وقوله ومن كان داخل الميقات ظاهر والاصل انه صلى الله عليه وسلم رخص للحطابين دخول مكة بغير احرام وكذلك قوله فان قدم الاحرام ظاهر وقيل انما صغر الدويرة تعظيما للكعبة كذا قال العلامة الخبازي متخوفا يعني ان اتمامهما ان يحرم من دويرة اهله وروي عن ابن عباس مثله وقيل اتمامهما ان يفرد لكل منهما سفرا قال محمد حجة كوفية وعمرة كوفية افضل والافضل التقديم عليها لان الاتمام مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وقال الشافعي الاحرام من الميقات افضل لان الاحرام عنده من الاركان وقوله وعند ابي حنيفة ظاهر وقوله ومن كان داخل الميقات فوقته اي موضع احرامه من دويرة اهله فلو كان المراد بالحل ما هو خارج الميقات لانه يجوز احرامه من دويرة اهله وحيث جاز له ذلك جاز ان يحرم من اي موضع شاء من الحل لان ما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد وقوله ومن كان بمكة ظاهر وقوله لورود الاثر به وهو امر اخاه عائشة ان يعمرها من التنعيم

باب الاحرام

لما فرغ من ذكر المواقيت ذكر كيفية الاحرام الذي يفعل في ذلك المواقيت والاحرام لغة مصدر احرم اذا دخل في الحرم كاشتى اذا دخل في الشتاء وفي عرف الفقهاء تحريم المباحات على نفسه لاداء هذه العبادة فان من العبادات ما لها تحريم وتحليل كالصلاة والحج ومنها ما ليس له ذلك كالصوم والزكاة واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لكنه يدفع ما يتوهم ان الغسل اذا كان افضل وجب ان لا يقوم غيره مقامه فقال الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها روي ان ابا بكر رضي الله عنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان اسماء قد نفست فامرها بالغسل ولتحرم بالحج ومعلوم ان الاغتسال الواجب لا يتادى مع وجود الحيض فكان لمعنى النظافة فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة والعيدين لكن الغسل افضل لان معنى النظافة فيه اتم ولانه صلى الله عليه وسلم اختاره اي اثره على الوضوء وضعف تركيبه لا يخفى على المتأمل قوله ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء وفي ذكر الجديد نفي لقول من يقول يكره الجديد عند الاحرام والازار من الحقو اي الخصر والرداء من الكتف لانه صلى الله عليه وسلم ائتزر وارتدى اي لبس الازار والرداء ويدخل الرداء تحت يمينه ويلقيه على كتفه الايسر ويبقى كتفه الايمن مكشوفا ولا يزره ولا يعقده ولا يخلله فان فعل ذلك كره ولا شيء عليه قوله ولانه ممنوع ظاهر وقوله لانه اقرب الى الطهارة لانه لم تصبه النجاسة ظاهر ومس طيبا ان وجد اي تطيب كان في ظاهر الرواية وروى المعلى عن محمد انه يكره اذا تطيب بما يبقى عينه

قوله ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة الى قوله وما رواه الشافعي اقول فيه بحث

بعد الاحرام

بعد الاحرام كالمسك والغالية وقال محمد كنت لا ارى به باسا حتى رأيت قوما احضروا طيبا كثيرا ورأيت
امرا شنيعا فكرهته وهو قول مالك والشافعي لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام وكذا لانه اذا عرق ينتقل
الى موضع آخر من بدنه فيكون ذلك بمنزلة التطيب ابتداء بعد الاحرام في الموضع الثاني ولهما ما روي
انه صلى الله عليه وسلم رأى اعرابيا عليه خلوق فقال اغسل عنك هذا الخلوق ووجه المشهور حديث عائشة
رضي الله عنها قالت كنت اطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم وفيه نظر لجواز ان يكون
ذلك الطيب مما لا يبقى اثره بعد الاحرام فالمكروه ذلك والجواب ان من جملة حديث عائشة رضي الله
عنها ولقد رأيت وبيص الطيب في مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الاحرام فما كان ذلك
مخلولا من حديث عائشة اقتصر عن ذكره ولان الممنوع عن المحرم التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله
ببدنه في حكم التبع فيكون بمنزلة العدم بخلاف الثوب المخيط اذا لبس قبل الاحرام ودام على ذلك بعده
فانه يكون ممنوعا ويكون كاللابس ابتداء حتى يلزمه الجزاء لانه مباين عنه فلا يكون تابعا وعن هذا
اذا حلف لا يتطيب فدام على طيب كان تطيبه لا يحنث واذا حلف لا يلبس هذا الثوب فدام على لبسه
حنث وحديث الاعرابي محمول على انه كان على ثوبه لا على بدنه قوله وصلى ركعتين اذا اراد الاحرام
صلى ركعتين لما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اتاني آت من ربي بالعقيق فقال صل في
هذا الوادي المبارك وقل لبيك بحجة وعمرة معا ويقرأ فيهما ما شاء وان قرأ في الاولى بفاتحة الكتاب وقل
يا ايها الكافرون وفي الثانية بفاتحة الكتاب وقل هو الله احد تبركا بفعله صلى الله عليه وسلم والصحيح
هو الاول لانه هو المثبت في الكتب المشتهرة عن الاساتذة وقوله لان اداءها اي اداء هذه العبادة تعليل
لسؤال التيسير وقوله ثم يلبي يريد به ان الافضل عقيب صلاته اختلف الرواية في وقت تلبية رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال ابن عباس لبى دبر صلاته وقال ابن عمر لبى حين استوت على راحلته وروي عن سعيد
بن جبير قلت لابن عباس كيف اختلف الناس في وقت تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم وما حج الا
مرة واحدة فقال لبى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دبر صلاته فسمع ذلك قوم من اصحابه فنقلوه
القوم يأتونه ارسالا فلبى حين استوت به راحلته فسمع قوم فظنوها اول تلبية فنقلوا ذلك ثم لبى
حين علا البيداء فسمعه قوم آخرون فظنوها اول تلبية فنقلوا ذلك وايم الله ما اوجبها الا في مصلاه
فعملنا بالاثبات بقول ابن عباس فضلا لانه اكد روايته بالبيان والاثبات بقول ابن عمر جائز وقوله وان
كان مفردا بالحج ظاهر وقوله والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك وهو من المصادر التي يجب حذف فعلها لوقوعه
مثنى واختلفوا في معناه فقيل مشتق من لب الرجل اذا اقام في مكان فمعنى لبيك اقيم على طاعتك
اقامة بعد اقامة لان التثنية ههنا للتكرير والتكثير وقيل مشتق من قولهم امرأة لبة اي محبة لزوجها
فمعناه محبتي لك يا ربي وقيل من قولهم داري تلب داره اي تواجهها فمعناه اتجاهي لك [illegible]
الشبه وقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها هكذا رواه ابن عمر وابن مسعود في صفة تلبية رسول الله صلى
الله عليه وسلم وقوله ليكون ابتداء اي غير متعلق بما قبله لان الفتحة صفة الاولى [illegible]
وهي المعنى القائم بالذات لا الصفة النحوية وتقديره لبيك لان الحمد والنعمة لك اي وانا موصوف بهذا القول
المراد به التعليل لانه يكون بتقدير اللام اي لبيك لان الحمد وفيه بعد وقيل مراده انه صفة التلبية
اي لبيك تلبية هي ان الحمد لك وعلى هذا قيل من كسر الهمزة فقد عم ومن فتحها فقد خص وقوله وهو اي التلبية
اجابة لدعوة الخليل على ما هو المعروف في القصة وهي ما روي ان الخليل صلى الله عليه وسلم لما فرغ من
بناء البيت امر ان يدعو الناس الى الحج فصعد ابا قبيس وقال الا ان الله امر ببناء بيت له وقد بني الا فحجوا فبلغ
الله صوته الناس في اصلاب آبائهم وارحام امهاتهم فمنهم من اجاب مرة ومرتين واكثر من ذلك على حسب حجهم

تحجون

تحجون ويؤيد هذا قوله تعالى واذن في الناس بالحج يأتوك رجالا فالتلبية اجابة لدعاء الخليل ولا فرق في
ظاهر الرواية بين هذا اللفظ وغيره من الثناء والتسبيح والعربي والفارسي لما قلنا في حنيفة فظاهر
لتجويزه ذلك في تكبير الافتتاح وفرق محمد بينهما لان غير الذكر ههنا وهو تقليد الهدي قام مقامه
فكذلك غير العربية يقوم مقامها بخلاف الصلاة وكذلك فرق ابو يوسف ايضا بين الصلاة والتلبية
ولكن العربية افضل وقوله فلا ينقص عنه قال الامام ابو بكر محمد بن الفضل لو قال اللهم ولم يزد عليه
كان على الاختلاف الذي ذكر في باب الشروع في الصلاة فمن كان يصير به شارعا في الصلاة كان يصير به محرما
ومن لا فلا وقوله ولو جاز ظاهر وقوله زاد على المأثور قال عبد الله بن مسعود اهل الناس
[illegible] عليهم الحمد لبيك عدد التراب لبيك [illegible] عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
وزاد في رواية لبيك حقا حقا تعبدا ورقا لبيك عدد التراب لبيك لبيك ذا المعارج لبيك
لبيك اله الخلق لبيك والرغباء اليك لبيك من عبد ابق لبيك وقوله لان المقصود الثناء واظهار العبودية
عن التشهد والاذان ان التشهد في تعليمه زيادة التأكيد قال ابن مسعود كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فالزيادة تخل به بخلاف التلبية فانها الثناء من
غير تعيين تعليم نظم فلا تخل بها الزيادة والاذان للاعلام وقد صار معروفا بهذه الكلمات فلا يبقى
اعلاما بغيرها وليس في المسألة خلاف فانه جعل المنقول افضل في رواية قال في شرح الوجيز لا يستحب
الزيادة على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يكون مكروها ونحن لا ننكر هذا كما في الاشراف
وقوله واذا لبى فقد احرم من الدلالة اذا نوى ولبى فقد احرم ولا يصير شارعا بمجرد النية ولا بمجرد
التلبية اما الاول فلان العبادة لا تتأدى بمجرد النية وان القدوري لم يذكر تقديم الاتيان بها في
قوله اللهم اني اريد الحج واما الثاني فلانه عقد على الاداء اي على عبادة تشتمل على اركان مخصوصة وكل ما
كان كذلك فلا بد للشروع فيه من ذكر يقصد به التعظيم سواء كانت تلبية او غيرها عربيا او غيره في المشهور
كما ذكرنا او ما يقوم مقام الذكر كتقليد الهدي فانه يقوم مقامه في حصول المقصود وهو اظهار
الاجابة للدعوة وقال الشافعي في احد قوليه يصير شارعا بمجرد النية لانه التزام الكف عن ارتكاب
المحظورات وكل ما كان كذلك يحصل الشروع بمجرد النية فيه كالصوم والجواب انا لا نسلم انه في الاحرام
التزام الكف بل التزام اداء الافعال الا ان الكف ضمني لانه من محظورات الحج بخلاف الصوم فان الكف فيه
ركن فكان التزامه قصديا وقوله ويتقي ما نهى الله عنه ظاهر وقوله فهذا نهي بصيغة النفي انما
قال النفي ليلزم الخلف في كلام الشارع لوجوده من بعض وانما قال بحضرة النساء لان ذكر الجماع في غير
حضرتهن ليس من الرفث وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه انشد في احرامه وهن يمشين بنا
هميسا ان يصدق الطير ننك لميسا ومعنى قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم لا تقتلوا الصيد
وانتم محرمون وقوله ولا يشير اليه لان الاشارة تقتضي الحضرة والدلالة تقتضي الغيبة وقوله ولانه اي
المذكور من الاشارة والدلالة والاعانة ازالة الامن عن الصيد لانه امن بتوحشه وبعده عن الاعين
وقوله ولا يلبس قميصا ظاهر وقوله كاله في محرم توفي هو الاعرابي الذي وقصت به ناقته
في اخاقيق جرذان وهو محرم فمات والوقص كسر العنق والاخاقيق شقوق في الارض والجرذان جمع
جرذ وهو ضرب من الفار فانه قيل تمسك اصحابنا بهذا الحديث ومذهبنا على خلاف هذا الحديث في
محرم يموت في احرامه حيث يصنع به ما يصنع بالحلال من تغطية رأسه ووجهه بالكفن عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله وهو تمسك هناك بهذا الحديث اجيب بان الحديث فيه دلالة على ان للاحرام اثرا
في ترك تغطية الرأس والوجه فانه صلى الله عليه وسلم علل الترك بانه يبعث ملبيا والحجة لنا في تغطية رأس المحرم

ووجهه اذا مات ما روي عطا ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن محرم مات فقال خمروا رأسه ووجهه
ولا تشبهوه باليهود ولقائل ان يقول لو كان للاحرام تأثير في تغطية الراس والوجه لما امر بتخميرهما وقوله
ولان المرأة لا تغطي وجهها ظاهر وقوله وفائدة ما روي يعني احرام الرجل في رأسه واحرام المرأة
في وجهها الفرق في تغطية الرأس يعني الفرق بان احرامي الرجل والمرأة بحيث يجوز للمرأة تغطية الرأس
ولا يجوز للرجل ذلك لا ان يغطي الرجل وجهه في الاحرام وقوله ولا يمس طيبا
الطيب ماله رائحة طيبة لقوله صلى الله عليه وسلم الحاج الشعث التفل والشعث بالكسر نعت وبفتحها
مصدر وهو انتشار الشعر وتغيره لقلة التعهد والتفل من التفل وهو ترك الطيب حتى يوجد منه رائحة
كريهة وكذا لا يدهن لما روينا يعني الحاج الشعث التفل وقال ولا يحلق رأسه المحرم ولا شعر بدنه
لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم الاية وهو بعبارته ينهى عن حلق الراس وبدلالته عن حلق شعر
البدن لان شعر الراس استحق الامن عن الازالة لكونه ناميا يحصل الارتفاق بازالته وهذا المعنى
موجود في شعر البدن فيلحق به دلالة وقوله ولا يقص لحيته ظاهر وقوله لا ينفض اي لا يوجد منه
رائحة الورس والزعفران والعصفر وعن محمد رحمه الله انه لا يتحلل من الصبغ الى [illegible] او لا يفوح
منه رائحة الطيب وان في مختار المصنف لانه قال لان المنع للطيب لا للون واعترض على المروي عن
العذيري وهو ينفض على بناء الفاعل لانهم يقولون نفضت الثوب انفضه نفضا اذا حركته ليسقط
ما عليه والثوب ليس بنافض فصحاء كرهوا هذه الرواية وقيل بل هو على بناء المفعول ولئن كانت كان اسنادا
مجازيا وقال الشافعي رحمه الله لا بأس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له فلا يكون في معنى ما ورد
به الحديث وهو الورس والزعفران ليلحق به قلنا حديث الورس دليل في المعصفر دلالة
لانه فوق الورس في طيب الرائحة وهو مذهب عايشة رضي الله عنها وقوله ولا بأس بان يغتسل
ظاهر والهميان معروف وهو ما يوضع فيه الدراهم والدنانير وسئلت عايشة رضي الله عنها عن
لبس المحرم الهميان فقالت استوثق من نفقتك بما شئت ولانه ليس في معنى لبس المخيط والمنهي
عنه الاستمتاع بلبس المخيط ونوقض بشد الازار والرداء بالخلال وغيره فانه مكروه بالاجماع وليس في
معنى المخيط وربما اذا عصب العصابة على راسه فانه مكروه ولو فعله يوما كاملا لزمه الصدقة
فليس في معنى المخيط واجيب عن الاول بان الكراهة فيه ثبتت بنص ورد فيه وهو ما روي انه
صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قد شد فوق ازاره حبلا فقال الق ذلك الحبل ويلك وعن الثاني
بان لزوم الصدقة انما هو باعتبار تغطية بعض الراس بالعصابة والمحرم ممنوع عن ذلك الا انه لما
تغطيته جزء يسير يكتفى فيه بالصدقة وقوله لانه نوع طيب ولانه يقتل الهوام قيل الوجه
المعنيين تكاملت الجناية فوجب الدم عند ابي حنيفة اذا غسل رأسه بالخطمي فان له رائحة وانه لم
يكن ذكية وفي قول ابي يوسف عليه صدقة لانه ليس بطيب بل هو كالاشنان ولكنه يقتل
وقال ويكثر من التلبية عقيب الصلاة وكلما علا شرفا الخ يكثر التلبية في خمسة اوقات على ما ذكر في
الكتاب وزاد الاعمش عن خيثمة رضي الله عنه سادسا وهو ما اذا استعطف الرجل راحلته والتعليل
في الكتاب ظاهر وقوله ويرفع صوته بالتلبية المستحب عندنا في الدعا والاذكار الاخفا الا اذا تعلق
باعلانه مقصود كالاذان والخطبة وغيرهما والتلبية للاعلام بالشروع فيما هو من اعلام الدين
فكان رفع الصوت بها مستحبا وقوله واذا دخل مكة واضح وقوله اذ تبرك بالمنقول عنها اي عن الدعوات
لحسن ومن المنقول عنها انه اذا وقع بصره على البيت يقول اللهم زد بيتك تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا ومهابة
وزد من شرفه وكرمه وعظمه ممن حجه او اعتمره تشريفا وتكريما ومهابة بسم الله الله اكبر وعن عطا ان النبي

الجواب نعم ولكن ينقطع التأثير بالموت كذا

قوله نفضا النفض يعني ازالة الوسخ والورس صبغ اصفر وقيل نبت طيب الرائحة [illegible] سحيق الزعفران وهو مجلوب من اليمن

لبس

وتعظيما م

صلى

صلى الله عليه وسلم كان يقول اذا لقي البيت اعوذ برب البيت من الدين والفقر وضيق الصدر
وعذاب القبر وقوله ثم ابتدا بالحجر ظاهر وقوله واستلمه يقال استلم الحجر تناوله باليد او بالقبلة
او مسحه بالكف من السلمة بفتح السين وكسر اللام وهي الحجر وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وروي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خلافته اتى الحجر
الاسود ووقف فقال اما اني اعلم انك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا اني رايت رسول الله صلى الله عليه
وسلم استلمك ما استلمتك فبلغ مقالته عليا فقال اما ان الحجر ينفع فقال له عمر وما منفعته يا ختن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله تعالى لما اخذ الذرية من
ظهر ادم وقررهم بقوله الست بربكم قالوا بلى اودع اقرارهم الحجر فمن يستلم الحجر فقد جدد العهد بذلك الاقرار
والحجر يشهد له يوم القيامة وقوله انك رجل ايد [illegible] اصل الكراهة وقوله واستلم الاركان
يعني الحجر الاسود والركن اليماني وانما جمعه باعتبار الاشواط وانما قلنا لانه ذكر في الكتاب بعد
هذا فانه لا يستلم غيرهما والمحجن بكسر الميم وفتح الجيم عود معوج الراس كالصولجان وقوله وان لم يستطع
شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل وقوله ويجعل باطن كفيه الى الحجر دون السما كما كان يفعل في سائر الادعية
لانه في حقيقة الاستلام يجعل باطن كفيه الى الحجر فكذا في البدل وقوله ثم اخذ عن يمينه بيان لهيئة الطواف
وهو من الحجر فانه افتتح من غيره لم يذكر محمد في الاصل واختلف المتاخرون فيه فقال بعضهم لا يجوز وهكذا
ذكر في الرقيات ووجهه ان الامر بالطواف مجمل في حق البداية فالحق فعل النبي بيانا له فيفرض البداية به
وقال الاخرون يجوز لان الامر بالطواف مطلق لكن السنة ما ذكر في الكتاب واما قيد باليمين لانه لو اخذ
عن يساره فهو الطواف المنكوس وطاف كذلك سبعة اشواط يعتد بطوافه عندنا ويعيده ما دام بمكة
وان رجع الى اهله قبل الاعادة فعليه دم وقال الشافعي لا يعتد بطوافه وقوله وقد اضطبع رداءه قال
في المغرب الضباب برداءه وفي الصحاح انما سمي هذا الصنع بذلك لابداء الضبعين وهو الباطن ايضا وقوله
في حديث عايشة بما روي ان عايشة نذرت ان فتح الله مكة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تصلي
في البيت ركعتين فاخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدها وادخلها الحطيم وقال صلي ههنا فان
الحطيم من البيت الا ان قومك قصرت بهم النفقة فاخرجوه من البيت ولولا حدثان قومك بالجاهلية لنقضت
بنا البيت واظهرت قواعد الخليل عليه السلام وادخلت الحطيم والصقت العتبة بالارض وجعلت
لها بابا شرقيا وبابا غربيا ولئن عشت الى قابل لافعلن ذلك فلم يعش ولم يتفرغ لذلك احد من الخلفاء الراشدين
حتى كان زمن عبد الله بن الزبير وكان سمع الحديث منها فنقض ذلك واظهر قواعد الخليل وبنى البيت على
قواعد الخليل بحضرة من الناس وادخل الحطيم في البيت فلما قتله الحجاج كره بنا الكعبة على ما فعله ابن الزبير
فنقض بناءها واعاده على ما كان عليه في الجاهلية واذا كان الحطيم من البيت فلا بد من دخوله في
الطواف وباقي كلامه واضح وقوله ويرمل في الثلاثة الاول لقول ابن عباس رضي الله عنه لا رمل في الطواف
وانما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة القضا وهو انه صلى الله عليه وسلم لما قدم مكة للعمرة عام
الحديبية صده المشركون عن البيت فصالحهم على ان ينصرف ثم يرجع في العام الثاني ويدخل مكة بغير سلاح
فيعتمر ويخرج فلما قدم في العام الثاني اخلوا له البيت ثلاثة ايام وصعدوا الجبل وطاف رسول الله صلى الله
عليه وسلم مع اصحابه فسمع بعض المشركين يقول لبعض اصنامهم حمى يثرب فاضطبع رسول الله صلى الله عليه
وسلم فرمل وقال لاصحابه رحم الله امرأ اري من نفسه قوة فاذا كان ذلك لاظهار الجلادة يومئذ وقد انعدم
ذلك المعنى الان فلا معنى للرمل قلنا ما ذكره ابن عباس رضي الله عنهما هو سببه ولكنه صار سنة بذلك السبب
وبقي بعد زوال السبب لما روى جابر وابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم طاف يوم النحر في حجة الوداع

قال له عمر وما منفعته

قوله وانما جمعه باعتبار الاشواط او اطلق الجمع على المثنى

الكعبة

فرمل في الثلث الاول ولم يبق المشركون بمكة عام حجة الوداع **وقوله** ويمشي في الباقي على هينته اي على السكينة والوقار وفعلة من الهون والرمل من الحجر الى الحجر اي من الحجر الاسود الى الحجر الاسود فان زحمه الناس في الرمل قام يعني وقف ولا يطوف بدون الرمل في تلك الثلاث **وقوله** ويستلم الركن اليماني فاليمن خلاف الشام لانها بلاد على يمين الكعبة والنسبة يمني بتشديد الياء وبالتخفيف على تعويض الالف من احدى يائي النسبة **وقوله** حسن يعني مستحب **وقوله** ثم ياتي المقام اي مقام ابراهيم عليه السلام وهو الحجر الذي فيه اثر قدميه وهي واجبة اي الصلاة عند المقام واجبة عندنا وقال الشافعي رحمه الله سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله صلى الله عليه وسلم وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب واعترض بوجهين احدهما ان هذا الحديث لا اصل له في كتب الحديث والثاني ان في حديث الاعرابي وهو انه صلى الله عليه وسلم حين علم الاعرابي الصلوات الخمس قال هل علي غيرهن قال لا الا ان تطوع يعارضه وهو اقوى منه فكيف يفيد الوجوب واجيب عن الاول بان الراوي اذا كان عدلا فذلك لا يوجب القدح فيه وعن الثاني بان حديث الاعرابي متروك الظاهر فانا اجمعنا على ان الصلاة للجنازة وصلاة العيدين واجبة وليس في هذا الحديث بيانها ويحتمل ان يكون حديث الاعرابي قبل هذا الحديث **وقوله** وهذا الطواف طواف القدوم هذا الطواف له اربعة اسام طواف القدوم وطواف التحية وطواف اللقاء وطواف اول العهد **وقوله** وهو سنة ظاهر **وقوله** وفيما رواه سماه تحية خلافا لمالك رحمه الله بالحديث وهذا لان التحية في اللغة اسم لاكرام يبتدي به الانسان على سبيل التبرع فلا يدل على الوجوب وان كان على صيغة الامر كما في قوله اكرموا الشهود فان قيل قوله تعالى فحيوا باحسن منها او ردوها اراد بلفظ التحية رد السلام وانه واجب اجيب بان المامور به الاحسن وهو ليس بواجب لكن ذكر لفظ التحية وقع بطريق المشاكلة **وقوله** وليس على اهل مكة ظاهر **وقوله** ثم يخرج الى الصفا ظاهر وقال في التحفة تاخير السعي بين الصفا والمروة الى طواف الزيارة اولى لكونه واجبا فجعله تابعا للفرض اولى لكن العلماء رخصوا في اتيانه عقيب طواف القدوم لان يوم النحر الذي هو وقت طواف الزيارة يوم شغل من الذبح والرمي والحلق وغيره فكان في جعله تابعا للسنة وهو طواف القدوم تخفيف على الناس **وقوله** ثم ينحط اي ينحدر نحو المروة ويمشي على هينته اي على السكينة والوقار فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين سعيا روى جابر رضي الله عنه انه صعد النبي صلى الله عليه وسلم الصفا قال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير لا اله الا الله وحده انجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده ثم قرا مقدار خمس وعشرين اية من سورة البقرة ثم نزل وجعل يمشي نحو المروة فلما انصبت قدماه في بطن الوادي سعى حتى التوى ازاره بساقيه وهو يقول رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك انت الاعز الاكرم **وقوله** ويفعل كما فعل على الصفا اي من التكبير والتهليل والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء لحاجته **وقوله** هذا شوط يطوف سبعة اشواط يبتدئ بالصفا ويختم بالمروة فيه اشارة الى نفي قول الطحاوي انه يطوف بينهما سبعة اشواط من الصفا الى الصفا فهو لا يعتبر الرجوع فلا يجعل ذلك شوطا والاصح ما ذكر في الكتاب لان رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم انه طاف بينهما سبعة اشواط وعلى ما قاله الطحاوي يصير اربعة عشر شوطا كذا في المبسوط فان قيل ما الفرق بين الطواف والسعي حتى كان مبتدا الطواف هو المنتهى دون السعي اجيب بان الطواف دوران لا يتاتى الا بحركة دورية فيكون المبتدا والمنتهى واحدا بالضرورة واما السعي فهو قطع مسافة بحركة مستقيمة وذلك لا يقتضي عوده على بدئه **وقوله** لما روينا اشارة الى قوله وسعى في بطن الوادي **وقوله** انما يبدا بالصفا فاما السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن عندنا وقال الشافعي انه ركن لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما

وجه الاستدلال بما ذكره ان مثله يستعمل للاباحة كما في قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ومما يستعمل للاباحة ينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه اي عن الظاهر الاية في الايجاب اي تركنا العمل بظاهره وهو نفي الايجاب في ما ذكرنا اوجب الغدو ولهذا اختلف فيه الشارحون فمنهم من قال عملنا بالحديث لانه خبر واحد يوجب الايجاب ومنهم من قال بل في الاية وهو قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله والشعائر جمع الشعيرة وهي العلامة وذلك يكون فرضا فان الاية تدل على فرضيته وآخرها على الاباحة فعملنا بهما وقلنا بالوجوب لانه ليس بفرض عملا وكان فيه نوع من كل واحد من الفرض والاستحباب وقيل الاجماع ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد **وقوله** في معنى ما روي تاويل الحديث وقيل في قوله كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين كانت فرضا فنسخت فكان كتب دالا على فرضية الوصية والجواب ان ذلك ليس بحجيج عليه بل لان بعضهم لا يجمع للوارث بين الوصية والميراث والمانع يكفيه ذلك فان قيل ما بال المصنف رحمه الله اعرض عن الاستدلال بالحديث فانه لكونه خبر واحد دل على الوجوب دون الركنية فالجواب انه انما اعرض عنه لانه رواه عبد الله بن المؤمل وهو ضعيف قاله النسائي ويحيى بن معين والدارقطني وقال احمد احاديثه منكرة **وقوله** ثم يقيم بمكة حراما اي محرما بالحج لانه محرم بالحج فلا يتحلل وكل من كان كذلك لا يتحلل قبل الاتيان بافعاله وهذا لما بيناه **وقوله** والصلاة تحية موضع وكذا الطواف قيل الا ان طواف التطوع افضل لاهل مكة لان الغرباء يفوتهم الطواف ولا يفوتهم الصلاة واهل مكة لا يفوتهم الامران فحينئذ الصلاة افضل **وقوله** والتنفل بالسعي غير مشروع لانه بالنص فلا يتكرر ولا يكون الا بالقيام على الطواف ولا مجال له فيه **وقوله** فاذا كان قبل يوم التروية بيوم وهو اليوم السابع من ذي الحجة خطب الامام يعني خطبة واحدة من غير ان يجلس بين الخطبتين وبعد صلاة الظهر وكذلك في الخطبة الثالثة التي يخطب بمنى واما في خطبة عرفات فيجلس بين الخطبتين وهي قبل صلاة الظهر **وقوله** فالحاصل ان في الحج ثلاث خطب ظاهر **وقوله** فاذا صلى الفجر يوم التروية وهو اليوم الثامن من ذي الحجة قيل انما سمي بذلك لان ابراهيم عليه السلام راى ليلة التروية كان قائلا يقول له ان الله يامرك بذبح ابنك هذا فلما اصبح تروى اي تفكر في ذلك من الصباح الى الرواح امن الله هذا الحلم ام من الشيطان فمن ثم سمي يوم التروية فلما امسى راى مثل ذلك فعرف انه من الله تعالى فمن ثم سمي يوم عرفة ثم راى مثله في الليلة الثالثة فهم بنحره فسمي اليوم يوم النحر وقيل انما سمي يوم التروية بذلك لان الناس يروون بالماء من العطش في هذا اليوم ويحملونه الى عرفات ومنى وانما سمي يوم عرفة لان جبرائيل عليه السلام علم ابراهيم عليه السلام المناسك كلها فقال اعرفت في اي موضع تطوف وفي اي موضع تسعى وفي اي موضع تقف وفي اي موضع تنحر وترمي فقال عرفت فسمي يوم عرفة ويسمى يوم الاضحى لان الناس يضحون فيه بقرابينهم **وقوله** ثم يتوجه الى عرفات اي يتوجه من منى بعد صلاة الفجر يوم عرفة الى عرفات فيقيم بها لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم راح الى عرفات وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله اي قبل طلوع الشمس فهذا اصح وقال الذي كان من حق الكلام ان يقول ثم يتوجه الى عرفات بعد طلوع الشمس حتى يتصل بقوله وهذا اي التوجه بعد طلوع الشمس **وقوله** اما لو دفع قبله عليه كان نفي الشارحين ترك هذا القيد سهو من الكاتب وقوله لا تبالي الضمير للشأن لا يتعلق بهذا المقام نحو المناسك نحو الذهاب قبل طلوع الشمس من المناسك كالوقوف بالمزدلفة لان ذلك انما يثبت بدليل منقول وينزل كنهاي بعرفة مع الناس لانه اشد اي الانفراد تجبر **وقوله** وقيل مراده نحو من قوله مع الناس انه لا ينزل عن الطريق **وقوله** واذا زالت الشمس يعني في عرفات يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب خطبة يعني قبل الصلاة ولفظ يبتدئ يشير الى ذلك **وقوله** هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم روى جابر رضي

ويقفون باسم ناقة النبي عم

الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما زاغت الشمس امر بالقصوى فرحلت له فركب حتى اتى بطن الوادي فخطب الناس ثم اذن بلال ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر وقوله ولنا ما روينا اشارة الى قوله هكذا نقله رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون كما في الجمعة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يؤذن قبل خروج الامام من الفسطاط فاذا فرغ المؤذن خرج الامام لان هذا الاذان لاداء الظهر كما في سائر الايام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة قال بعض الشارحين وهو اصح عندي وان كان على خلاف ظاهر الرواية لما صح من حديث جابر رضي الله عنه قال المصنف والصحيح ما ذكرنا يعني ظاهر الرواية لان النبي صلى الله عليه وسلم لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين يديه ووجه الصحة ان رواية جابر تقتضي الاذان بعد الخطبة وهذه الرواية تقتضيه قبلها فتعارضتا فصرنا الى ما تعلمناه من الجمعة وهو القياس على الجمعة ويقيم المؤذنون بعد الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلاة فاشبه الجمعة قال ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر يصلي الامام بالقوم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين واما نفس الجمع بين الصلاتين فلورود النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بينهما واما كونه باذان واقامتين فلما بينه مما ذكرنا انه لا يتطوع بين الصلاتين يعني لا الامام ولا القوم وقوله خلافا لما روي عن محمد رحمه الله فانه يقول يعيد الاذان لان الوقت قد جمعهما فيكتفى بالاذان لانه العصر ووجه الظاهر ما ذكره ان الاشتغال بالتطوع او بعمل اخر يقطع فور الاذان الاول وقطع فور الاذان الاول يوجب اعادة للعصر لان الاذان للاعلام وكل صلاة امر بشيء الا انه اذا جمع بينهما استغنى عن الاعلام واذا انقطع عاد حكمه الاصلي وقوله فان صلى بغير خطبة اجزاه قوله ومن صلى الظهر في رحله اي في منزله وحده صلى العصر في وقته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا المنفرد يجمع بينهما ومبنى الاختلاف على ان تقديم العصر على وقته لاجل المحافظة للجماعة او لامتداد الوقوف بدليل انه لا يجمع على من ليس عليه الوقوف وان الحاج يحتاج الى الدعاء وقت الوقوف فشرع الجمع لئلا يشتغل عن الدعاء والمنفرد وغيره في هذه الحالة سواء فيستويان في جواز الجمع ولابي حنيفة ان المحافظة على الوقت فرض بالنصوص قال الله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى وقال ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا وكل ما هو كذلك لا يجوز تركه الا بدليل قطعي وذلك فيما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين مع وفور الصحابة رضي الله عنهم من الجمع بالجماعة مع الامام فلا يجوز بدونه وقوله والتقديم لصيانة الجماعة جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم ان جواز الجمع بالتقديم لامتداد الوقوف بل لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعدما تفرقوا لان الموقف موضع واسع ذو طول وعرض فلا يمكن اقامة الجماعة الا بالاجتماع وانه يتعذر في العادة فجعل العصر فضيلة الصلاة بالجماعة حق الوقوف لان الجماعة تفوت لا الى خلف وحق الوقوف يتأدى بعد اذ لا منافاة بين الوقوف والصلاة لان الوقوف لا ينقطع بالاشتغال بالصلاة كما لا ينقطع بالاكل والشرب والتوضي وغير ذلك وفي كلامه تسامح لانه جعل علة تقديم العصر تحصيل مقصود الوقوف حيث قال تعجيل لتقديم العصر على وقته وههنا جعل علته صيانة الجماعة فان كان المقصود من الوقوف صيانة الجماعة تم الكلام لكن ليس كذلك لان المقصود منه اداء ركن الحج وان كان غير ذلك تناقض كلامه ويتوارد علتان على معلول واحد وذلك غير جائز ويمكن ان يجاب عنه بان المقصود من الوقوف شيئان احدهما عاجل وذلك في الحال والاخر اجل وهو امتداد في المكث لاجل الدعاء وكلهم اختلفوا في وجه تحصيل فقال الامام صيانة وفيه المنفرد والجمع سواء وقال صاحباه فهو حاله من صيانة الجماعة وليس المنفرد فيه كالجماعة ثم عند ابي حنيفة رحمه الله الامام شرط في الصلاتين جميعا وقال زفر رحمه الله في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته فاشتراط الامام للتغيير ولابي حنيفة رحمه الله ان التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج كالها

شرعه على خلاف القياس بالنص يقتصر على مورده وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج قال ابو حنيفة رحمه الله الاحرام شرط فيهما جميعا وقال زفر هو شرط في صلاة العصر وثمرته تظهر فيما اذا صلى الظهر مع الامام ثم احرم العصر يجزيه في وقتها عند ابي حنيفة وعنده يجوز ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية لان الاحرام شرط جواز الجمع وشرط الشيء يسبقه وجواز الجمع يتحقق اذا زالت الشمس فقارنا والمتقدم على احد المتقارنين متقدم على الاخر وفي رواية اخرى يكتفى بالتقدم على الصلاة لان المقصود هو الصلاة وقوله ثم يتوجه الامام الى الموقف اي بعد الجمع بين الصلاتين يتوجه الامام الى الموقف فيقف بقرب الجبل لان النبي صلى الله عليه وسلم راح الى الموقف عقيب الصلاة قوله والجبل يسمى جبل الرحمة ظاهر وقوله بطن عرفة واد بحذاء عرفات قيل راى النبي صلى الله عليه وسلم فيه الشيطان فنهى ان يقف الناس فيه نظير النهي عن الصلاة في الساعات الثلاث والمزدلفة لغة انما سميت بها لاجتماع الناس فيها وفي قوله تعالى وازلفنا ثم الاخرين اي جمعناهم وقيل من الازدلاف بمعنى التقرب ومنه قوله تعالى وازلفت الجنة للمتقين اي قربت وسميت بها لاقتراب الناس الى منى بعد الافاضة من عرفات ووادي محسر بكسر السين وتشديدها موضع بين منى ومكة وعرفات وقوله كما يستطعم المسكين في تقديم الصفة على الذات وهي المبالغة في تحقيق المناجاة التشبيه حينئذ انما يحصل بحالة الاستطعام وهي حالة الاحتياج وقوله داعيا ويدعو ببعض الدعوات عن علي رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال ان اكثر دعائي ودعاء الانبياء من قبلي عشية عرفة لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير اللهم اجعل في قلبي نورا وفي سمعي نورا وفي بصري نورا اللهم اشرح لي صدري ويسر لي امري واعوذ بك من وساوس الصدر وشتات الامر وفتنة القبر اللهم اني اعوذ بك من شر ما يلج في الليل وشر ما تهب به الرياح قوله الا في الدماء والمظالم اي في حق الدم الذي وجب لبعضهم على بعض قصاصا وعجزوا عن استيفائه وعجزوا عن الانتصاف وقيل قد استجيب له في ذلك ايضا في المزدلفة وقوله ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة ثم ذلك الى ان يرمي اول حصاة من جمرة العقبة وقال مالك رحمه الله يقطعها كما يقف بعرفة لان التلبية اجابة باللسان فتنقطع بالاشتغال بالاركان كتكبيرة الافتتاح في الصلاة ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اردف الفضل فاخبر الفضل انه لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة ولان التلبية في الحج كالتكبير في الصلاة في كونه ذكرا ممنوعا في افتتاح العبادة وتكبير الانتقال فكان القياس ان يكون الى اخر جزء من الاحرام وذلك انما يكون عند الرمي وقيل كان القياس ان يكون الى اخر تكبير في الصلاة لان القياس تركه فيما بعد الرمي بالاجماع فيبقى فيما وراءه على اصل القياس وقوله والناس على هيئتهم اي على اتباع للسنة فان رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم عرفة فقال يا ايها الناس ان اهل الجاهلية والاوثان كانوا يدفعون من عرفة قبل غروب الشمس اذا تعممت في رؤوس الجبال كعمائم الرجال في وجوههم وان هذا انا ليس كهذا لهم فادفعوا بعد غروب الشمس فقد اشرك صلى الله عليه وسلم فامر به اظهارا لمخالفة المشركين فليس لاحد ان يخالف ذلك وقوله ولو جاوز حدود عرفة اجزاه اشارة الى انه لو جاوز قبل الامام قبل غروب الشمس وجب عليه الدم ولكن ان عاد الى عرفة قبل الغروب ثم دفع مع الامام منها بعد الغروب سقط عنه الدم وان عاد بعد الغروب لم يسقط قال واذا اتى مزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة كلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه يدعو ويعلم وقوله ويصلي الامام بالناس باذان واقامة اي في وقت العشاء وقوله ثم يتعشى اي اكل العشاء وقوله ولا يشترط الجماعة لهذا الجمع اي جمع المزدلفة عند ابي حنيفة لان المغرب مؤخرة عن وقتها واداء الصلاة بعد خروج وقتها موافق للقياس لان القضاء مشروع في جميع الصلوات فلا يحتاج الى مراعاة مورد النص فالنص وان ورد

في تأخير المغرب عند وجود الجماعة لكن لا اشتراط فيه الجماعة ولما تقديم الصلاة على وقتها فيخالف القياس
من كل وجه فيراعى فيه جميع ما ورد فيه النص وإنما خص أبا حنيفة رحمه الله بالذكر لأن الجماعة كانت عنده
شرطا في الجمع بعرفات **وقوله** ومن صلى المغرب في الطريق أي في طريق المزدلفة وخلط العشاء عند أبي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه إعادتها ما لم يطلع الفجر وقال أبو يوسف تجزيه وقد أساء وكذا لو صلى العشاء
في الطريق بعد دخول وقتها لأبي يوسف أنه أداها في وقتها ومن أدى صلاة في وقتها لا تجب عليه إعادتها
كما بعد طلوع الفجر إلا أن التأخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال
لأسامة بن زيد حين أفاض من عرفة ومال إلى الشعب ليقضي حاجته فتوضأ وقال له أسامة يا رسول الله
الصلاة فقال الصلاة أمامك يحتمل وقت الصلاة أمامك لأن الصلاة فعل المصلي فلا يتصور له أن تكون
أمامه ولكنها تذكر ويراد بها الوقت كما في قوله تعالى فخلف من بعدهم خلف أضاعوا الصلاة وقد فسره
بعضهم بأن معناه مكان الصلاة أمامك وهو مزدلفة فيكون من باب ذكر الحال وإرادة المحل وهذا
أي قول النبي صلى الله عليه وسلم إشارة إلى أن التأخير واجب لأنه لو لم يكن كذلك كان معناه الصلاة بعد خروج
الوقت وتفويت الصلاة عن وقتها لا تجوز لغيره فضلا عنه صلى الله عليه وسلم فيجب النظر في سببه
أن يكون اتصال السير إلى مكان الجمع بين الصلاتين في المزدلفة لأنه لا سبيل إلى الأول لأنه كان يمكنه صلى الله عليه وسلم
في الشعب حين قضى حاجته بأن يصليهما فيه كما كان ممكنا لاتصال التأخير والإمكان ما لم يطلع الفجر فيجب الإعادة
ما لم يطلع وأما إذا طلع فقد فات الإمكان فسقط الإعادة واعترض بأن هذا الحديث من الآحاد فكيف
يجوز أن يبطل به قوله تعالى إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا وأجاب شيخي العلامة
بأنه من المشاهير تلقته الأمة بالقبول في الصدر الأول وعمل به فجاز أن يزاد به على كتاب الله تعالى
وأقول قوله تعالى إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا ليس فيه دلالة قاطعة على تعيين
الأوقات وإنما دلالته على أن للصلاة أوقاتا وتعيينها إنما ثبت بحديث جبرائيل وبغيره من الآحاد وبفعله عليه
الصلاة والسلام ومثل ذلك لا يفيد القطع فجاز أن يعارضه خبر الواحد ثم يعمل بفعله صلى الله عليه وسلم
وههنا أنه جمع بينهما بالمزدلفة ولا يجوز أن يكون قضاء فيتعين أن يكون ذلك وقته ويشكل عن أبي يوسف أن
صلاة المغرب التي صلاها في الطريق إما أن وقعت صحيحة أو لا فإن كان الأول لا تجب الإعادة لا في الوقت
ولا بعده وإن كان الثاني وجب فيه وبعده لأن ما وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا بمضي الوقت وأجيب بأن
الفساد موقوف يظهر أثره في ثاني الحال كما في مسألة الترتيب **قال** وإذا طلع الفجر يصلي الإمام بالناس الفجر
بغلس إذا طلع الفجر يوم النحر يصلي الإمام بالناس الفجر بغلس والغلس ظلمة آخر الليل وفي بعض الشروح نقلا عن
الديوان آخر ظلمة الليل وهذا دفع لما عسى أن يتوهم من قوله لرواية ابن مسعود رضي الله عنه قال ما
رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة إلا لوقتها إلا بجمع فإنه جمع المغرب والعشاء وصلى صلاة الصبح
من الغد قبل وقتها ولعل لقائل أن يقول الدليل المنقول والمعقول اللذان ذكرهما المصنف غير مطابقين للمدلول
أما المنقول فلأنه يدل على أنه صلى الله عليه وسلم صلاها بغلس فالمدلول عليه وإذا طلع الفجر وأما المعقول
فلا تعرض في التغليس ودفع حاجة الوقوف يجوز التقديم كتقديم العصر بعرفة وتقديم العصر كان على وقته
فيكون ههنا كذلك تحقيقا للتشبيه وهو خلاف الظاهر والجواب عن الأول أن الراوي عن ابن مسعود هو
عبد الرحمن بن يزيد وقد ذكر البخاري عنه في صحيحه قال خرجت مع عبد الله إلى مكة ثم قدمنا جمعا فصلى
الصلاتين ثم صلى الفجر حين طلع الفجر وهذا يدل على أن المراد بقوله قبل وقتها المستحب لأن الظاهر أن الراوي لا يعمل على
خلاف ما روى ويؤيده حديث جابر في الصحيحين صلى الفجر حين تبين الصبح وعن الثاني بأن معناه المجاز
تعجيل العصر على وقتها للحاجة إلى الوقوف فعلها فلا يجوز التغليس بالفجر وهو في وقته الأولى **وقوله** ثم يقف وقف

قوله يعني وقت الصلاة أقول لا يلزم من هذا نفي كون ذلك الوقت وقته الأصلي إلى قوله سبحان لمعاوية من يوم الجمعة وقد بالغ في الوعظ وقرب العصر قال لمعاوية الصلاة الصلاة الصلاة أمامك ثم اعلم أن قوله الصلاة أمامك منقول قال سبحان. سعد بن أسعد

قوله ولهما ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لأسامة بن زيد إلى قوله وقال له أسامة يا رسول الله الصلاة فقال الصلاة أمامك أقول قوله الصلاة أمامك منقول كما قال. سعد بن أسعد

قوله لا يصار إلى غيره إلخ أقول الضمير في غيره راجع إلى الجمع في قوله وإمكان الجمع. سعد بن أسعد

والإمكان ما لم يطلع الفجر يعني والإمكان ثابت ما لم يطلع الفجر. سعد بن أسعد

قوله وتفويت الصلاة عن وقتها لا يجوز لغيره فضلا عنه صلى الله عليه وسلم أقول يعني بلا عذر وإلا فقد شغل صلى الله عليه وسلم يوم الخندق عن العصر ثم قضى فقضاها. سعد بن أسعد

قوله وتعيينها إنما ثبت بحديث جبرائيل وبغيره من الآحاد إلخ أقول بل بالنقل المتواتر المستفيض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بل بنظم القرآن إذا فسر دلوك الشمس بغروبها. سعد بن أسعد

قوله ثم يعمل بفعله إلخ أقول المعقول من فعله لزوم كون الوقت الذي صلى المغرب فيه وقته أيضا والأول لا يدل على نفي كون وقته المعهود وقتا وهو المطلوب لا ذكره. سعد بن أسعد

يظهر أثره في ثاني صح

ويدفع الحاجة نسخة

تقديمه

صح ما لم يطلع الفجر نسخة

معه أن من ظاهره **قوله** حتى الدماء والمظالم بالرفع حتى يدخل في المستجاب بأن يرضي الخصوم بالإرضاء في مثوباتهم
حتى تركوا خصوماتهم في الدماء والمظالم **قوله** وقال الشافعي إنه ذكر في الزيادة ونسبة هذا القول إليه سهو وقع
من الكاتب لما أنه ذكر في كتبهم أن الوقوف بمزدلفة سنة وذكر في المبسوط الليث بن سعد مكان الشافعي
وذكر في الأسرار علقمة مكان الشافعي وذكر في فتاوى قاضي خان مالكا مكان الشافعي ويجوز أن يكون
المصنف قد اطلع على نقل من مذهبه واستدل بقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام يثبت الركنية لأن
الله تعالى أمر بالذكر عند المشعر الحرام ولا يمكنه ذلك فيه إلا أن يحضر ولو وقف فيه وما لا يتم الواجب
إلا به فهو واجب ولنا ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك
لأن ما هو ركن لا يجوز تركه لعذر **وقوله** والمذكور فيما تلي الذكر جواب عن استدلاله بالآية وتقريره
أن الذي هو المأمور به في الآية وهو الذكر ليس بركن بالإجماع فكيف ما كان وسيلة إليه وهو الحضور
والوقوف **وقوله** لما روينا يعني به قوله صلى الله عليه وسلم وقدم ضعفة أهله بالليل فعلم بهذا الحديث
أن المراد من تعلق تمام الحج في قوله صلى الله عليه وسلم من وقف معنا هذا الموقف إلى آخره من حيث
الكمال وهو لا ينافي بالإرجاء من حيث الجواز **وقوله** لما روينا من قبل يعني قوله صلى الله عليه وسلم
والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر **وقوله** هكذا وقع في بعض نسخ المختصر أي نسخ مختصر القدوري
وهو غلط لأن النبي صلى الله عليه وسلم وقف بالمشعر الحرام حتى إذا كادت الشمس تطلع دفع إلى منى وأول
معنى قوله إذا طلعت الشمس إذا قربت إلى الطلوع وفعل ذلك اعتمادا على ظهور المسألة **وقوله** فيبتدئ بجمرة
العقبة الكلام في الرمي في اثني عشر موضعا أحدها الوقت وهو يوم النحر وثلاثة أيام بعده والثاني في موضع
الرمي وهو بطن الوادي يعني من أسفله إلى أعلاه والثالث في محل الرمي إليه وهو ثلاثة جمرة العقبة ومسجد
الخيف والوسطى والرابع في كمية الحصاة وهي سبع عند كل جمرة والخامس في المقدار وهو أن يكون مثل
حصى الخذف والسادس في كيفية الرمي وهو ما ذكره في الكتاب وقيل يأخذ الحصى بطرف إبهامه وسبابته
والسابع في مقدار الرمي وقد ذكره في الكتاب والثامن في صفة الرامي وهو أن يكون راكبا أو ماشيا لا فرق
بينهما والتاسع في موضع وقوع الحصاة والعاشر في الموضع الذي يؤخذ منه الحجر وفيهما من كونه في الكتاب
والحادي عشر فيما يرمى به وهو ما كان من جنس الأرض والثاني عشر أنه يرمي في اليوم الأول جمرة العقبة خاصة
وفي بقية الأيام يرمي الجمار كلها وكلامه في الكتاب واضح **وقوله** فيستأنس به ويتبرك بيانه في حديث سعيد
ابن جبير قال قلت لابن عباس ما بال الجمار ترمى من وقت الخليل عليه السلام ولم تصر هضابا تسد الأفق فقال
أما علمت أن من يتقبل حجه يرفع حصاه ومن لم يتقبل حجه ترك حصاه حتى قال مجاهد رحمه الله سمعت هذا من
ابن عباس جعلت على حصاتي علامة ثم توسطت الجمرة فرميت من كل جانب فلم أجد بتلك العلامة شيئا من الحصاة
وقوله ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الأرض عندنا اعترض عليه بالفيروزج والياقوت فإنهما من
أجزاء الأرض حتى جاز التيمم بهما ومع ذلك لا يجوز الرمي بهما حتى لم يقع معتدا بهما في الرمي وأجيب بأن الجواز
مشروط بحصول الاستهانة برميه وذلك لا يحصل برميهما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الرمي إلا بالحجر اتباعا لما ورد
به الأثر لعدم كونه معقولا وقلنا سلمنا أنه غير معقول لكن المنصوص عليه فعل الرمي وذلك لا يختص بالطين
كما يختص بالحجر والأصل فيه فعل الخليل صلى الله عليه وسلم ولم يكن في الحجر بعينه مقصود إنما مقصوده فعل
الرمي إهانة للكبش أو لطرد الشيطان على حسب اختلاف الرواية فعلمنا بأي شيء حصل فعل الرمي أجزأه
ولا يرد الذهب والفضة ولا الجواهر لأنه يسمى نثارا لا رميا **قال** ثم يذبح إن أحب ثم يحلق أو يقصر والحلق أفضل
لقوله بالترحم عليهم أي كرر الترحم على المحلقين روى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين فقال المقصرين في رواية أخرى كرره عليه السلام ثم قال في

عند المشعر الحرام صح

ضعفة

قوله لأن ما هو ركن لا يجوز تركه لعذر أقول منقوض بالركن الزائد كالإقرار في الإيمان. سعد بن أسعد

قوله فعلم بهذا الحديث أن المراد من تعليق تمام الحج أقول فيه بحث لإفادة أن المراد منه ما ذكره بل يفيده تعليق تمام الحج إلا أنه يعني على ما يلزم من تغيير النص. سعد بن أسعد

دفع قبل طلوع الشمس رواه جابر وابن عمر رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم صح

هضابا تسد الأفق

ثم طلبت صح

الرابع والمقصر بعد ذلك دليل على ان الحلق افضل قوله مقدار الانملة قيل هذا التقدير مروي عن ابن عمر رضي الله
عنهما ولم يعلم فيه خلاف ومن لا شعر له امرّ الموسى على رأسه لانه انتجز عن الحلق والتقصير لم يعجز عن التشبه
واختلفوا في كونه واجبا او مستحبا قوله لانه من دواعي الجماع يعني ان المعتمر يحرم عليها الطيب لهذا المعنى
والجماع بدواعيه لا يحل حتى يطوف كالقبلة واللمس بشهوة ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها اذا حلق الحاج
حل له كل شيء الا النساء وقالت طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه ولحله قبل ان يطوف بالبيت وهو
لا شك في تقديمه على القياس ولا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فان الجماع فيما دون
الفرج يرتفع بالحلق لانه لا يفسد الاحرام بحال ولنا انه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر الى تمام الاحلال بالطواف
وهذا لان دواعي الجماع ملحقة به في المحظورات كما في الاعتكاف وقبل الحلق قوله ثم الرمي ليس من اسباب التحلل
عندنا يعني اذا رمى جمرة العقبة لا يتحلل عندنا حتى يحلق وقال الشافعي رحمه الله يتحلل فيحل له كل شيء الا النساء
هو يقول انه يتوقت بيوم النحر كالحلق كذلك هو محلل كالحلق ولنا ان ما يكون محللا يكون جناية في
غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غير اوانه ونوقض بدم الاحصار فانه محلل وليس بمحظور الاحرام
واجيب بان المراد ما كان محللا في الاصل ودم الاحصار ليس كذلك وانما صير اليه لضرورة المنع وقوله
خلاف الطواف جواب عما يقال الطواف محلل في حق النساء وليس بمحظور الاحرام وانما هو ركن وتقريره ان
التحليل لم يكن بالطواف بل بالحلق السابق وقوله ثم يأتي مكة من يومه يعني اول ايام النحر وقوله ووقته ايام
النحر وقت طواف الزيارة وقوله فكان وقتهما واحدا اي وقت الاضحية ووقت طواف الزيارة ايام النحر الا ان الاضحية
لم تشرع بعد ايام النحر والطواف مشروع بعد ذلك الا انه يكره تأخيره عن هذه الايام على ما يجيء وقوله واول وقته
ظاهر وقوله والرمل انما شرع مرة في طواف بعده سعي لان النبي صلى الله عليه وسلم انما رمل في طواف العمرة
وهو طواف بعده سعي وقوله لما بينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين ولا
يصح ان يحمل على ما روينا لانه ذكر فيه وجه التمسك بالوجوب وكان قوله بينا اشمل واعم من قوله روينا
وقوله ولكن بالحلق السابق لا فتعمل في حق النساء محرمة وتقريره ان عمله تأخر في حق النساء الى الطواف الذي
هو ركن في الاحرام [illegible] في امره وقوله وهذا الطواف اي طواف الزيارة هو المفروض في الحج وقوله
ثم يعود الى منى ويصلي الظهر بمنى وقوله لانه بقي عليه الرمي ظاهر وقوله ويقف عند الجمرتين يعني الجمرة الاولى
والوسطى في المقام الذي يقف فيه الناس هو اعلى الوادي وقوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن حديث
مشهور سبع المواطن هي عند افتتاح الصلاة والقنوت في الوتر والعيدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة
وبعرفات وجمع وعند المقامين عند الجمرتين وذكر الجمرتين يدل على انه لا يقيم عند جمرة العقبة ويرفع يديه
حذاء منكبيه نص عليه محمد وفي سائر الادعية لا يفعل كذلك لان الرفع ينافي السكينة والوقار فلقين في
موضع ورود النص ويترك في الباقي على اصل الدليل قال فاذا كان في الغد رمى الجمار الثلاث مثل ما رمى
في اليوم الثاني وان اراد ان يتعجل النفر اي الذهاب والخروج من منى الى مكة في اليوم الثالث من ايام النحر
فعل ذلك وان اراد ان يقيم رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين
فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه اي فمن تعجل في اليوم الثاني والثالث من ايام النحر ومن تأخر الى اليوم
الرابع فلا اثم عليه لمن اتقى وقوله لمن اتقى يتعلق بهما جميعا اي ذلك التخيير ونفي الاثم في الحالين لاجل الحاج المتقي
لئلا يختلج في قلبه شيء منهما فيحسب ان احدهما يرهق صاحبه اثم في الاقدام عليه وانما خص المتقي لانه هو الحاج في
الحقيقة عند الله وقوله وفيه خلاف الشافعي فانه ينقطع عنده خيار النفر بغروب الشمس من اليوم الثالث
المنصوص عليه الخيار في اليوم وهو يمتد الى غروب الشمس وقلنا الليل ليس بوقت لرمي اليوم الرابع فيكون خياره
في النفر باقيا فيه كما قبل الغروب من اليوم الثالث بخلاف ما بعد طلوع الفجر في اليوم الرابع فانه وقت الرمي فلا يبقى

قوله واختلفوا في كونه واجبا او مستحبا اقول في الغاية واجراء الموسى على رأس الاقرع واجب وهو المختار عندنا وعند مالك وفي المحيط وقيل سنة وعن احمد وابن حنبل مستحب انتهى. سعدي افندي

قوله لان دواعي الجماع ملحقة به اقول لا حاجة الى هذا بل يثبت الحرمة بلفظ الحديث وهو قوله الا النساء فانه يعم الا مثاله. سعدي افندي

يعني معناه وقوله الا انه اخر عمله في حق النساء جواب عما يقال اذا كان الحلق السابق محللا

بعد الزوال يعني اذا زالت الشمس من اليوم الثالث من ايام النحر يرمي الجمار الثلاث

قوله فمن تعجل في اليوم الثاني والثالث اقول لكن النفر يكون في اليوم الثالث ويصدق تعجل في يومين فتامل. سعدي افندي

خياره

خياره بعد ذلك وقوله اعتبارا بسائر الايام اراد بالايام اليومين اعني الثاني والثالث لانه لا رمي جمرة العقبة
في يوم النحر قبل الزوال كاين بلا خلاف ونفى الخلاف في اليوم الاول والثاني يعني الاول والثاني مما سمي به
الجمار الثلاث لا الاول والثاني من ايام النحر وقوله والمشهور عن ابي حنيفة [illegible]
انه ان كان من قصده ان يتعجل في النفر الاول فلا بأس بان يرمي في اليوم الثالث قبل الزوال [illegible]
[illegible]
ومما النسوتين [illegible] وقوله فالرمي فيه راكبا افضل قمت من عندهما انتهيت الى الباب الداخل سمعت الصراخ
بموته فتعجبت من حرصه على العلم في مثل تلك الحالة والذي روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم رمى
الجمار كلها راكبا تعليم ليكون اشهر للناس حتى يقتدوا به فيما يشاهدونه منه وقوله ولو بات في غيرها يعني
غير منى متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي فانه قال ان ترك البيتوتة ليلة فعليه مد وان تركها
ليلتين فعليه مدان وان تركها ثلاث ليال فعليه دم وقاس ترك البيتوتة في وجوب الجزاء بترك الرمي
ولنا انه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه يعني ان المقصود من البيتوتة غيرها وهو ان يسهل عليه
ما يقع في الغد من النسك وهو الرمي فلما لم تكن مقصودة لنفسها لم تكن من افعال الحج فلم يجب بتركها
كالبيتوتة بمنى ليلة العيد قال ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة الثقل بفتحتين متاع المسافر وحشمه
والجمع اثقال والمحصب اسم موضع ويسمى الابطح وهو موضع ذو حصى بين مكة ومنى نزل به رسول الله
صلى الله عليه وسلم قصدا فهو الاصح حتى يكون سنة وقوله هو الاصح احتراز عن قول ابن عباس ان النزول
به ليس بسنة لكنه موضع نزل فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفاقا والاصح عندنا انه سنة ونزل فيه
رسول الله صلى الله عليه وسلم قصدا على ما روي انه قال لاصحابه بمنى انا نازلون غدا بالخيف
خيف بني كنانة الى آخره والخيف ما انحدر من الغلظ وارتفع عن مسيل الماء وخيف بني كنانة هو المحصب وقوله ويسمى طواف
الوداع الوداع بفتح الواو اسم للتوديع كالسلام والكلام وهو واجب عندنا خلافا للشافعي فانه عنده سنة لانه
بمنزلة طواف القدوم الا ترى ان كل واحد منهما يأتي به الآفاقي دون المكي وما هو من واجبات الحج فالآفاقي
والمكي فيه سواء ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف وانه رخص للنساء
الحيض وذلك ايضا دليل الوجوب والا لم يكن لتخصيص الرخصة بالحيض فائدة والمكي والآفاقي في واجبات
الحج سواء فيما اذا كانت العلة مشتركة وههنا ليست كذلك لان علة هذا الطواف التوديع وليس بموجود في
حق المكي ولا في حق من هو في داخل المواقيت ولا في حق من اتخذ مكة دارا ثم بدا له الخروج لا يجب وكان
واجب الوداع لا يجب على المعتمر الا في انه ركن العمرة هو الطواف فكيف يضم مثله ركنه بتعاليه وقوله الا انه قدم
يعني في موضعين من قوله صلى الله عليه وسلم وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين وقوله لانه ختم كل طواف

قوله والا لم يكن لتخصيص الرخصة بالحيض فائدة اقول وانت خبير بان هذا الاستدلال بمفهوم المخالفة ونحن لا نقول به. سعدي افندي

بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا وقوله ويأتي زمزم اي بعد تقبيل العتبة واتيانه الملتزم والصاقه خده
بجدار الكعبة يأتي زمزم فيشرب من مائه ويصب منه على جسده ويقول اللهم اني اسألك رزقا واسعا وعلما
نافعا وشفاء من كل داء وقوله وهذا بيان تمام الحج يعني الحج الذي اراد صلى الله عليه وسلم بقوله من حج هذا
البيت فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته امه كذلك في المبسوط

فصل

لما ذكر افعال الحج على
الترتيب وانها الحق عقبها بكل شيء من افعال الحج فصلا على حدة فانه لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات
ووقف بها على ما بينا من احكام الوقوف بعرفة سقط طواف القدوم على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وكذلك
قوله ومن ادرك الوقوف بعرفة ومالك رحمه الله كان يقول لا [illegible] بعد طلوع الفجر او بعد طلوع
الشمس متمسكا بقوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه [illegible]
اسم الوقت من طلوع الشمس وهو محجوج عليه بما روينا انه وقف بعد الزوال وكان مبينا وقت الوقوف فعله
فدل ان ابتداء الوقوف بعد الزوال وقوله ثم اذا وقف بعد الظهر [illegible] قال لما لكن لا تجزيه الا ان يقف في اليوم
وجزء من الليل وذلك بان يكون افاضته بعد الغروب واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم من ادرك
عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وقلنا هذه الزيادة غير مشهورة وانما المشهور
من فاته عرفة فقد فاته الحج وبما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم ساعة من ليل او نهار دليل على
ان بنفس الوقوف في جزء من وقته يصير مدركا فلا حجة عليه قوله ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه
ظاهر وقوله والجهل لا يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن جواب عما يقال الجهل يخل بالنية لا محالة والاخلال
بها اخلال بالحج لكونها شرطا وتقريره سلمنا ان الجهل يخل بالنية ولا نسلم ان الاخلال بها اخلال به فانها انما كان كذلك
ان لو كانت شرطا لكل ركن وليس كذلك بل اذا كانت موجودة عند اصل العبادة وهو الاحرام حقيقة
او دلالة استغنى عنها عند وجود كل ركن اذا لم يكن ثمة صارف وانما قلت اذا لم يكن ثمة صارف احترازا
عما اذا طاف بالبيت هاربا او طالبا لغريم فلم ينو الطواف عن الحج فانه لا يجزيه وان كانت النية موجودة
عند الاحرام لان قصده الهروب او اللحوق وذلك صارف له عن النية السابقة لانها لكونها باقية
بالاستصحاب ضعيفة تنصرف بصارف وقوله ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه [illegible] ان
الاحرام يقبل النيابة حتى لو امر انسانا ان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام ففعل صح عندهم لانه شرط بمنزلة
الوضوء وستر العورة وليس بركن فاستقام النيابة بعد وجود نية العبادة منه وهو خروجه الى البيت
واختلفوا في ان عقد الرفقة استنابة كالاذن به اولا فذهب ابو حنيفة الى انه استنابة كالاذن به دلالة
ليس باستنابة وصورة ذلك ان يحرم عنه الرفقاء نيابة مع انهم احرموا عن انفسهم ايضا فيصير المغمى عليه
عن نفسه بطريق الاصالة ومحرما عنه ايضا بطريق النيابة كالاب يحرم عن ابنه الصغير معه فكان المحرم
في احرام الثاني بقصد المنوب عنه لا النائب [illegible] كعبادة المنوب حتى لو اصاب النائب صيدا كان عليه
الجزاء من قبل اهلاله عن نفسه وليس عليه من جهة اهلاله عن المغمى عليه شيء [illegible]
ان الرفيق اذا كان محرما عن نفسه فباحرامه عن غيره يلزم تداخل الاحرامين [illegible] احدهما
في قبول النيابة وليس مثله لان الانسان اذا توضأ لا يكون غيره به متوضئا وان نوى المتوضئ عنه وههنا يصير
عنه محرما باحرامه والجواب عن الاول ان التداخل انما يلزم ان لو كان المحرم هو النائب في الاحرامين وكلا
وليس كذلك بل المحرم في احرام النيابة هو المغمى عليه لا النائب على ما ذكرنا وعن الثاني ان التشبيه بالوضوء في
ان كل واحد منهما شرط يحتمل النيابة ولكن النيابة في الوضوء بالتوضئة بان يجري الماء على اعضاء المنوب فيصير به
متحليا بذلك الوضوء وفي هذا يتحلى النائب الاحرام بنفسه ثم فائدة ذلك انه اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج
جاز عنه كما امر به لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره وكل ما كان كذلك ليس بمحرم لا اصالة ولا نيابة اما انه لم يحرم بنفسه

فظاهر واما انه لم ياذن لغيره فلان الاذن اما ان يكون صريحا او دلالة وهو لم يصرح بالاذن اذ هو المفروض
وما وجدت دلالة لانها تتوقف على العلم بجواز الاذن بالاحرام لانه اذا لم يعلم بجوازه لم يقدم عليه وجواز الاذن به
لا تعرفه كثير من الفقهاء فكيف تعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا ولابي حنيفة ان الاذن ثابت
دلالة لانه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وقد عجز عن
مباشرة ما هو المقصود بهذا السفر وهو الاحرام فكان مستعينا بهم في تحصيله والاستعانة اذن به
لا محالة فكان الاذن ثابتا دلالة وقوله والعلم ثابت جواب عن قولهما والدلالة تتوقف على العلم وتقريره ان
العلم ان شرط الدلالة فهو ثابت نظرا الى الدليل وهو عقد الرفقة والحكم يدار على الدليل فيثبت الاذن دلالة
والدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يعارضها صريح خلافه فان قلت هذا حكم الاحرام فما حكم سائر المناسك قلت لا احتياج [illegible]
عنه في ادائه مصيبة الا ان الاولى ان يقفوا به وان يطوفوا به ليكون اقرب الى ادائه لو كان مفيقا [illegible]
من فرق وقال انما صحت النيابة في الاحرام لتحقق العجز وهو ليس بمتحقق في الافعال لانهم اذا احضروه
المواقف كان هو الواقف واذا طافوا به كان هو الطائف فان قلت هل تتعين للاهلال الرفقاء فاي به قلت
اختلف فيه قال الشيخ ابو عبد الله الجرجاني كان يقول الجصاص لا يجوز احرام غير الرفقاء ثم رجع وقال
الرفقاء وغيرهم في الجواز سواء لان هذا ليس من باب الولاية بل هو من باب الاعانة وقد ذكر الله تعالى وتعاونوا
على البر والتقوى والرفقاء وغيرهم في ذلك سواء قال والمرأة في جميع ذلك كالرجل المرأة في جميع مناسك الحج
كالرجل لان الخطاب بقوله تعالى ولله على الناس حج البيت يتناول الرجال والنساء فتفعل مثل ما يفعل الرجل
الا اشياء ذكرها في الكتاب لا تكشف رأسها وتكشف وجهها ولا ترفع صوتها بالتلبية ولا ترمل ولا تسعى بين
الميلين ولا تحلق ولكن تقصر وتلبس ما بدا لها من المخيط من القميص والدرع والخمار والخف والقفازين
ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع الا ان تجد الموضع خاليا ووجه جميع ذلك مذكور في الكتاب وقوله
ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد يعني صيدا قتله في احرام ماض او شيئا من الاشياء كبدنة
المتعة او القران وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد بدنة فقد احرم
ولهذا بنا على ما ذكرنا ان الاحرام عندنا لا ينعقد بمجرد النية بل لا بد من انضمام شيء اخر اليها كالتلبية الا ان
في الصلاة وتقليد البدنة والتوجه معها الى الحج يقوم مقام التلبية لان سوق الهدي في معنى التلبية
في اظهار اجابة دعاء ابراهيم لانه لا يفعله الا من يريد الحج والعمرة قيل قوله واظهار الاجابة معطوف
على اسم ان يعني يختص بالدعاء على محله ان ترجع مرفوعا فهو دليل اخر على كون السوق في معنى التلبية وانه
هو من تمام الاول وتقريره المقصود من التلبية اظهار الاجابة واظهار الاجابة قد تكون بالفعل كما تكون
بالقول الا ترى ان من قال يا فلان فاجابه تارة تكون بلبيك وتارة بالحضور والامتثال بين يديه فيصير به
اي بالسوق محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص الاحرام فحصل الاجابة [illegible] وانما قال بدنة
لان الغنم لا تقلد وهذا لان التقليد [illegible] من الماء والعلف اذ لو علم انه هدي [illegible] عن
صاحبه كالابل والبقر والغنم ليس كذلك فانه اذا لم يكن معه صاحبه يضيع وقوله فان قلدها وبعث بها [illegible]
وكانت الصحابة مختلفين في هذه المسألة على ثلاثة اقاويل فمنهم من قال اذا قلدها صار محرما ومنهم من قال
اذا توجه في اثرها صار محرما ومنهم من قال اذا ادركها وساقها صار محرما فاخذنا بالمتيقن وقلنا اذا ادركها
وساقها صار محرما بالاتفاق لاتفاق الصحابة في هذه الحالة وقوله فاذا ادركها وساقها او ادركها [illegible]
بين السوق وعدمه لان الرواية قد اختلفت فيه شرط في المبسوط السوق مع اللحوق ولم يشترط السوق بعد
اللحوق في الجامع الصغير والمصنف جمع بين الروايتين وقوله فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص
الاحرام اما سوق الهدي فظاهر واما اذا ادركه ولم يسق [illegible] فلان فعل الوكيل بحضرة الموكل كفعل الموكل

وقوله الا في بدنة المتعة استثناء من قوله لم يصر محرما حتى يلحقها قال في النهاية ههنا قيد لا بد من ذكره
وهو انه في بدنة المتعة يصير محرما بالتقليد والتوجه اذا حصلا في اشهر الحج فان حصلا في غير اشهر
الحج لم يصر محرما ما لم يدرك الهدي ويسير معه هكذا في الرقيات لان تقليد هدي المتعة في غير اشهر
الحج لا يعتد به لانه فعل من افعال المتعة وافعال المتعة قبل اشهر الحج لا يعتد بها فيكون تطوعا وفي هدي
التطوع ما لم يدركه ويسير معه لا يصير محرما كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وقوله وجه القياس ما ذكرنا
يريد به قوله ان يخدمه لا بد من النية الاخ وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله ابتداء احتراز
عما وجب جزاء وقوله لا تختص بمكة دليل كونه نسكا وقوله وتجب نسكا للجمع بين النسكين بيان اختصاصه
بمكة لان الجمع بين النسكين لا يكون الا بمكة فكان هدي المتعة مختصا بمكة وغيره تتحقق بالجناية بان اصاب
صيدا قبل وصوله الى مكة وقوله فان جلل بدنة او اشعرها التجليل الجل والاشعار البدنة اعلامها بشي
انها هدي من الشعار وهو العلامة وكلامه واضح وقوله والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي
جزورا يعني في موضع البدنة ولئن ثبت تلك الرواية التي رواها قلت التمييز من حيث الحكم بالعطف لا يدل
على اختلاف الجنسية وكذا التخصيص باسم خاص لا يمنع الدخول تحت اسم العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله
وملايكته ورسله وجبريل وميكال والاسم العام بالعطف والا لما [illegible]

باب القران

لما فرغ من ذكر المفرد شرع في بيان المركب وهو القران والتمتع الا ان القران افضل من التمتع فقدمه في
الذكر اعلم ان المحرم على اربعة انواع مفرد بالحج وقد ذكرناه ومفرد بالعمرة وهو من ينوي العمرة بقلبه ويقول لبيك
بعمرة ثم ياتي بافعالها وقارن وهو الجمع بين العمرة والحج في الاحرام ينويهما ويقول لبيك بحجة
وعمرة وياتي بافعال العمرة ثم ياتي بافعال الحج من غير تحلل بينهما ومتمتع وهو من ياتي بالعمرة في اشهر الحج او
بالاكثر منها ثم يحرم بالحج ويحج من عامه وذلك على وصف الصحة من غير ان يلم باهله الماما صحيحا والقران
افضل هذه الاقسام عندنا وقال الشافعي الافراد اي افراد كل واحد من الحج والعمرة باحرام على حدة افضل
وقال مالك التمتع افضل من القران لان له ذكرا في القرآن قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج ولا ذكر للقران
فيه وقال الشافعي بحديث عايشة انما اجرك على قدر نصبك ولانما القران رخصة والافراد عزيمة والاخذ
بالعزيمة اولى ولان في الافراد زيادة التلبية والشعر والحلق فان القارن يؤدي النسكين بسفر واحد
ويكتفي لهما بتلبية واحدة وحلق واحد والمفرد يؤدي كل نسك بصفة الكمال والاخذ بصفة الكمال اولى
ولنا ما رواه الطحاوي وغيره باسناده الى انس انه صلى الله عليه وسلم قال يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان في
القران جمعا بين العبادتين وذلك افضل كما اذا جمع بين الصوم والاعتكاف وبين الحراسة في سبيل الله
ليلة الغزاة بالليل والصلاة فيه قوله والتلبية غير محصور جواب عن قوله ولانه فيه زيادة التلبية
وتقريره ان المفرد كما يكرر التلبية مرة بعد اخرى فكذلك القارن فيجوز ان تقع تلبية القارن اكثر من تلبية
المفرد وقوله والسفر غير مقصود جواب عن قوله والسفر ووجهه ان المقصود من الحج السفر وسيلة اليه
فلا يجب عدمه نقصانا في الحج وذلك لانه يتقدم على الاحرام فعدمه لا يوجب نقصانا فيه وقوله والحلق خروج
عن العبادة يعني فلا يترجح فيها الترجيح به وقوله والمقصود بما روي يعني قوله صلى الله عليه وسلم القران رخصة
نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور اي اسوأ السيئات وليس المراد بالرخصة ما هو المصطلح
لان القران عزيمة وانما المراد به التوسعة وذلك لان اشهر الحج قبل الاسلام كانت للحج فادخل الله تعالى العمرة

في اشهر الحج اسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء فكان اجتماعهما في وقت واحد توسعة على الناس فسماه رخصة
ويجوز ان يراد بها المصطلح ويكون رخصة اسقاط كقصر الصلاة وفي السفر والرخصة في مثله عزيمة عندنا
قوله والقران في ذكر في القرآن جواب عن قول مالك لان المراد بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان تحرم بهما
من دويرة اهلك على ما رويناه من قبل يعني في فصل المواقيت وقوله ثم فيه اي في القران شروع في
الترجيح بعد تمام الجواب فان قيل المامور بالحج اذا قرن يصير مخالفا ولو كان القران افضل لما كان مخالفا
لانه اتى بالمامور به مع زيادة اجيب بانه مامور بصرف النفقة الى عبادة تقع له على الخلوص وهي افراد الحج
له وقد صرفها الى عبادة تقع للآمر وعبادة تقع لنفسه فكان مخالفا ولقائل ان يقول لعل دخل في المامور
به بعض القران اولا فان ذلك الاول فليس القران افضل وان كان الثاني لا يكون مخالفا ويمكن ان يجاب عنه
بانه دخل بعضه لا افضل القران الذي كان العبادتان فيه بتخصيص واحد لان فيه الجمع بين النسكين حقيقة
وقوله وقيل الاختلاف بيننا يعني ان النزاع لفظي قال وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات
كلامه واضح وقوله وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط ثم احرم بحجة دون طاف
لها اربعة لا يصير قارنا بالاجماع وقوله وان اخر ذلك اي ذكر العمرة في الدعاء والتلبية بان يقول اللهم اني
اريد الحج والعمرة ولبيك بحجة وعمرة لا باس بذلك لان الواو للجمع ولكن تقديم ذكرها فيهما جميعا اولى
لان الله تعالى قدم ذكرها في قوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج وكلمة الى للغاية ولانه يبدأ بافعال العمرة فكذلك
يبدأ بذكرها وقوله اعتبارا بالصلوات يعني ان الذكر باللسان لم يكن شرطا فيها والشرط ان يعلم بقلبه
ايصالها هي كذلك هذا وقوله فاذا دخل يعني القارن بيان لكيفية العمل وقوله والقران في معنى
المتعة يعني ان النص ورد بتقديم افعال العمرة على افعال الحج في التمتع والقران في معناه لان في كل منهما
جمعا بين النسكين في سفر فيكون واردا فيه ايضا دلالة وقوله عندنا احتراز عن مذهب الشافعي
فانه يتحلل عنها بالحج وقيل هذا ليس بمشهور عن الشافعي وانما المشهور عنه انه يتحلل بعد رمي جمرة العقبة
وقوله ثم هذا مذهبنا اي اتيان القارن بافعال العمرة وافعال الحج جميعا وهو مذهبنا وقال الشافعي
يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله صلى الله عليه وسلم دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة
فيكتفي بافعال الحج عن افعال العمرة والا لا تكون العمرة داخلة في الحج ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى
بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد فتعذر بناء على الآخر عنه من اركان الحج والركنان من عبادتين
لا يتصور اداؤهما في وقت واحد في حالة واحدة وحينئذ الشرع بالقران دل على التداخل فيما وجد التداخل
في الاحرام يجب ان يكون في الطواف والسعي ايضا موجودا دفعا للتحكم وعلى هذا التعذر يكون معنا قوله
فلذلك في الاركان في بقية الاركان وقوله ولنا انه لما طاف صبي بن معبد ظاهر وقوله لانه
لا يدخل في العبادات منقوض بسجدة التلاوة فانها عبادة وفيها التداخل واجيب بان المراد
العبادة المقصودة والسجدة ليست كذلك وبان التداخل فيها لدفع الحرج على خلاف القياس فلا يقاس
عليها ولا يلحق بها الحج لانه ليس في معناها في وجود الحرج وقوله والشعر للتوسل جواب عن قوله حتى
اكتفى فيه بتلبية واحدة الى آخره لان قال قوله والشعر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل ودفع
تكرارها في دليل الخصم وفي الجواب عنه لتقدم ذكره في اول الباب مرة لانه ذكرها ثم باعتبار كون
الافراد افضل وههنا باعتبار افراد الطواف والسعي فيحتاج الى الجواب عنه بالاعتبارين ومثله من
التكرار ليس من شطه بشيء وقوله ومعنى ما رواه يعني قوله صلى الله عليه وسلم دخلت العمرة في الحج دخلت
العمرة لما ذكرنا انهم كانوا يجعلون اشهر الحج قبل الاسلام للحج فادخل الله وقت العمرة في وقت الحج اسقاطا للسفر
الجديد عن الغرباء توسعة وقوله فان طاف طوافين [illegible] ظاهر والسعي باخره يعني انه تاخير سعي العمرة بالاشتغال بطواف

وقوله

يعني يكون قارنا في هذه الصورة ايضا [illegible] الحج والعمرة [illegible]

آخر كالاكل والنوم وان كان [illegible] تركهما [illegible]

بطواف التحية **قال** فاذا رمى جمرة العقبة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم
القران لانه في معنى المتعة لما تقدم والهدي منصوص عليه فيها بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر
من الهدي فلهذا عين الذبح ههنا وقال في المغرب يذبح ان احب الهدي من الابل والبقر والغنم على
ما نذكر في بابه وانه زاد بالبدنة ههنا البعير وكانه جواب عما يقال لا نم تقول ان البدنة تطلق على الابل
والبقر فكيف قال ههنا بدنة او بقرة وتقريره نحن لا ننكر جواز اطلاق البدنة تطلق على البقر
المنصوص عليه هدي وهو اسم لما يهدى اي ينقل الى الحرم وسبع البدنة ليس كذلك وهذا لو قال ان
فعلت كذا فعلي هدي فيفعل كالشاة لما استيسر من الهدي فهو شاة فالجواب ان القياس ما ذكرتم
ولكن ثبت جواز سبع البدنة او البقرة بحديث جابر قال اشتركنا حين كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في البقرة
سبعة وفي البدنة سبعة وفي الشاة واحد واما في النذر اذا نوى سبع بدنة فلا رواية فيه وعلى تقدير
التسليم فالفرق ان النذر ينصرف الى المتعارف كاليمين وبعض الهدي ليس بهدي عرفا فاذا لم يجد ما
يذبح صام ثلثة ايام في الحج آخرها يوم عرفة بعد ان احرم بالعمرة والافضل ان يصوم قبل التروية بيوم ويوم
التروية ويوم عرفة كما ذكر في الكتاب وسبعة اذا رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام
ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة وهذا النص وان ورد في التمتع فالقران
في معناه كما مر في تقريره والمراد بالرجوع الى الاهل الفراغ فكانه لا دا لعد السبب مجوز ولقائل ان
يقول ذلك المسبب زيادة السبعة فكان وفي الاصول الجواب انه اذا لم يكن مخصصا والفراغ سبب محقق
بالرجوع فصونا فانه قيل لا مجاز لا بعرينة فما هي قلت اطلاق ذكر الرجوع عن ذكر الاهل **وقوله** ثلثة
ايام في الحج كما ترى والسبعة اذا رجعتم كما كنتم متقابل عليه فيه قيل في فائدة التلك نفي الاباحة
التي تتوهم من كلمة الواو في قوله وسبعة كما في قوله جالس الحسن وابن سيرين وقيل معناه كاملة
في وقوعها بدلا من الهدي وكلامه واضح **وقوله** وقالنا ان صوم منها قبل يعني في ايام التشريق
دون يوم النحر لان الصوم فيه لا يجوز بالاتفاق **وقوله** ولنا النهي المشهور يعني قوله صلى الله عليه
وسلم الا لا تصوموا في هذه الايام بقوله في الحج فلا يجوز تعيينه بغير ايام التشريق بالخبر لانه نسخ الكتاب
والجواب ان الخبر مشهور فيجوز التمسك به **وقوله** او يدخله النقص يعني لو لم يتعين به ثلثا فلا
من ان يورث نقصا وما وجب كاملا لا يتادى بالناقص فلا يتادى فيها ولا يؤدي بعضها فلا اي بعد ايام
التشريق لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا لان القياس لا مدخل له في معرفة المماثلة بين اراقة
الدم والصوم والنص خصه بدلا بوقت الحج فلا يجوز بعده وفيه بحث من اوجه احدها ان البدل انما يجب
اذا كان الاصل مقصودا وههنا ليس كذلك لانه ان قدر على الهدي لا يجوز ذبحه قبل يوم النحر فكان كمسئلة
الغموس والثاني ان البدل انما يصار اليه عند العجز عن المبدل والعجز عنه انما يتحقق اذا مضى ايام النحر ولم
يقدر عليه فكيف يجوز البدل عنه قبله والثالث ان الدم واجب عليه عندنا اذا فات صوم الثلاثة قبل
يوم النحر وهو غير معقول لانه فات بنفسه وبدله فكيف يجب البدل عنه قبله والثالث ان الدم واجب
عليه عندنا اذا فات صوم الثلاثة قبل يوم النحر وهو غير معقول لانه فات بنفسه وبدله فكيف يجب
بعد ذلك والجواب ان الصوم بدل عن الهدي اذ التحلل بعد ما احرم بالعمرة بالتشاغل من حيث انه موقت
بوقت معين ولذا كان بدلا من كل وجه كان كالمبدل في الاطلاق بعد ايام النحر لانه في حكم التكليف كالاصل في
الاطلاق كالتيمم مع الوضوء بالنظر الى اصالته جاز بغير تصور الاصل وقبل تحقق تمام العجز عنه وبالنظر الى
البدلية يلزم الهدي اذا قدر عليه قبل التحلل في يوم النحر للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف

واما

واما وجوب الدم بعد مضي ايام النحر اذا لم يصم الثلاثة فبناء على الاصل قبل لان الدم هو الاصل وليس مقيدا
بايام النحر لقوله تعالى فما استيسر من الهدي غير مقيد بوقت فيجوز ذبحه في ايام النحر وفيما بعده وفيه
بحث من وجهين احدهما ان ذبح هدي المتعة مؤقت بايام النحر وهو على خلاف مقتضى هذا النص
ولو لم يكن مقيدا لجاز قبل يوم النحر فليس كذلك والثاني ان الدم واجب اذا فاته صوم الثلاثة عن
وقته فكيف عين المصنف بقوله تحلل الدم والجواب عن الاول ان هدي المتعة والقران يختص ذبحه
بيوم النحر بدليل يقتضيه على ما سيأتي في بابه ان شاء الله تعالى فلا يجوز قبله والمراد بالاصل المذكور
في الكتاب ما هو المعهود وان الشيء اذا وجب في وقت معين ولم يقدر عليه المكلف به فلم يسقط عن ذمته
يجوز ان يأتي به بعد ذلك في اي وقت كان وههنا وجب ولم يقدر عليه فيأتي به في اي وقت قدر
عليه وعن الثاني فانه عبر عنه بالجواز نظرا الى الصوم فانه لا يجوز في يوم النحر هذا جائز فيه وفي غيره
فعبر عنه بالجواز هذا الذي سنح لي في هذا الموضع والله اعلم بالصواب **وقوله** وعن عمر ايضا لا يجاب الدم بعد فوات
الصوم وهو ظاهر **وقوله** ذلك خلاف المشروع يعني ان المشروع ان يكون الوقوف مرتبا على افعال العمرة وذلك
هو الصحيح احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة انه يصير رافضا للعمرة بالتوجه الى عرفات بناء
على التوجه الى الجمعة ووجه الصحيح ما ذكر من الفرق بينهما وهو بين ووجه كونه منهيا عنه ان الله
تعالى امر بابتداء افعال العمرة بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والامر بالشيء يقتضي كراهة ضده ولا كراهة
الا للنهي وقال اصحابنا في الاصول وانه لا يكون رافضا لعمرته بناء على ان طواف العمرة يدخل في طواف الحج فلا يلزم عليه طواف مقصود
للعمرة والفائت تظهر في وجوب الدم فعندنا لا يسقط عنه دم القران الذي هو نسك ويلزمه عليه دم لرفض
العمرة لانه رفع الاحرام قبل اداء الافعال يوجب ذلك كما في الاحصار وعنده لا يجب عليه الدم وبعض الفقهاء
فيها الشروع

باب التمتع

وجه تأخيره عن باب القران قد سبق هناك ولا يخفى كلامه واضح قال بعض الشارحين
المصنف التمتع بقوله ومعنى التمتع الترفق الى آخره واعترض عليه بانه غير مانع لدخول من ترفق
باداء النسكين في غير اشهر الحج في سفر واحد وقيل ترفق فيه في اشهر الحج من عام من دون اليسار المتمتعين
فكان الواجب ان يقول هو الترفق باداء النسكين في اشهر الحج من عام واحد في سفر واحد في اشهر الحج من
عام واحد بشرطه والالمام هو النزول قال الالمام بالمال باهله اذا نزل وهذا على نوعين صحيح وفاسد فالصحيح
عن النزول في وطنه من غير بقاء صفة الاحرام وهذا انما يكون في التمتع عند ابي حنيفة وابي يوسف على ما ياتي
قوله ويحلق او يقصر قال شيخ الاسلام في مبسوطه هذا التخيير انما يكون له اذا لم يكن شعره ملبدا او معقوصا
او مضفورا واما اذا كان ملبدا فانه لا يتخير لان التقصير لا يتهيأ الا بالنقض وذلك يتعذر فيتعين الحلق **وقوله**
وهذا هو تفسير العمرة اي ليس لها طواف القدوم والصدر لان معظم الركن منها هو الطواف وما هو كذلك لا يتكرر
كالوقوف في الحج **وقوله** ويتم به اي تتم زيارة البيت بوقوع البصر على البيت ولان الطواف ركن في العمرة كطواف الزيارة
في الحج فكما يقطع التلبية هناك على الاشتغال بالطواف فكذلك ههنا ولنا حديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه
وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر **وقوله** ولان المقصود هو الطواف بيانه ان هذا الطواف نسك مقصود
في هذا اليوم فكان كالرمي في كونه نسكا مقصودا في ذلك اليوم فكما ان التلبية تقطع عند افتتاح الرمي تقطع عند افتتاح
هذا الطواف جامع انه كلا منهما اول نسك مقصود في يوم فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يقطع المفرد بالحج التلبية اذا ابتدأ
بطواف القدوم لانه اول نسك مقصود في هذا اليوم فالجواب انا لا نسلم انه مقصود لان المراد به ما يكون واجبا وطواف

القدوم ليس كذلك سلمناه ولكن ثبت النص على خلاف القياس لما روي انه صلى الله عليه وسلم اردف الفضل من مزدلفة
الى منى فلم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة **قال** ويقيم بمكة حلالا المتمتع اذا حل من عمرته يقيم بمكة حلالا فاذا
كان يوم التروية احرم من المسجد ولكن ليس كل ما ذكرنا شرطا فلو احرم قبل يوم التروية فلو افضل لان
فيه اظهار المسارعة والرغبة في العبادة ولانه اشق فكان افضل وكذا الاحرام عن الحرم في غير المسجد جائز
لما ذكر في الكتاب **وقوله** على ما بينا اراد به ما ذكره في آخر فصل المواقيت بقوله ومن كان بمكة فوقته في
الحج الحرم وفي العمرة الحل **وقوله** وفعل ما يفعله الحاج المفرد يعني خلا انه لا يطوف طواف التحية لانه لما احرم صار
هو والمكي سواء ولا تحية للمكي ويرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج **وقوله** ولو كان
هذا المتمتع بعد ما احرم بالحج طاف يعني طواف القدوم وسعى قبل ان يخرج الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا
يسعى بعده لانه اتى بذلك مرة ولا تكرار فيه ثم الرمل ههنا يتأتى رمل في طواف التحية اقوى لم يرمل فيه فكذا سكت عن
ذكره فلم يعلم طاف ورمل لان الرمل انما شرع في طواف بعده سعي ولا سعي ههنا لانه وجد مرة وفي هذا الكلام دلالة
على ان طواف التحية مشروع للمتمتع حيث اعتبر رمله وسعيه فيه **وقوله** وعليه دم التمتع ظاهر **وقوله**
خلافا للشافعي يعني انه يقول لا يجوز صوم ثلاثة ايام حتى يحرم بالحج لقوله تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج ولنا
انه اداء بعد انعقاد سببه وهو الاحرام بالعمرة لانه طريق يتوسل به الى التمتع واداء السبب بعد تحقق السبب
جائز **وقوله** على ما بينا اشارة الى ما ذكر في القران ان تتابع لا يصلح [illegible] **وقوله** وهذا افضل يعني من
متمتع لم يسق الهدي **وقوله** على ما روينا يريد به قوله قالت عائشة كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه
وسلم **وقوله** لان له ذكرا في الكتاب يريد به قوله تعالى ولا الهدي ولا القلائد ويلبي ثم يقلده لانه لا يصير محرما
بالتقليد والتوجه معه على ما سبق في فصل قبل القران والشروع في الاحرام يكون بالتلبية او ما يقوم مقامها اولى
لانه الاصل والتقليد يقوم مقامه والعمل بالاصل اولى عند الامكان لا محالة ثم السوق في الهدي افضل من
القود لان النبي صلى الله عليه وسلم صنعت هدايا اذا احرم بذي الحليفة بين يديه **وقوله** قالوا والاشبه
يعني الى الصواب في الرواية الايسر وذلك لان الهدايا كانت مقبلة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وكان يدخل بين كل بعيرين من قبل الرؤوس وكان الرمح بيمينه لا محالة فكان يقع طعنه عادة اولا على يسار
البعير ثم كان يعطف على يمينه ويشعر الآخر من قبل يمين البعير اتفاقا فالاول لا قصدا اليه فصار الامر
الاصلي الحق بالاعتبار في الهدي اذا كان واحدا **وقوله** ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اي لا يتعرض
ولا يرد عن الماء والكلأ او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم لان القلادة قد تحل وقد تحتمل ان تسقط
منه والاشعار لا [illegible] من هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة والمثلة هي ان
تقطع بالحيوان ما يصير به مثلة وقيل هي ايلام ما وجب قتله او ابيح قتله فعلنا بحسنه ولابي حنيفة انه
اي الاشعار مثلة وانه اي فعل المثلة منهي عنه ولو وقع التعارض بين كونه سنة وكونه مثلة فالترجيح
للمحرم فان قيل النهي عن المثلة كان باحد والاشعار عام حجة الوداع والمتأخر ناسخ فاين التعارض اجيب بان
عمران بن الحصين روى ان النبي صلى الله عليه وسلم ما قام خطيبا الا نهانا عن المثلة فكان الاشعار منسوخا فلا
اقل من التعارض فالترجيح للمحرم للاحتياط او للاحتراز عن تكرر النسخ **وقوله** واشعر النبي صلى الله عليه وسلم
جواب عما قال الشافعي انه مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لو استقبلت
من امري ما استدبرت اي لو علمت اولا ما علمت آخرا لما سقت الهدي وقصة ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم
امر اصحابه بان يفسخوا احرام الحج ويحرموا بالعمرة لما بلغوا مكة تحقيقا لمخالفة الكفرة وكانوا لا ينسكون ولا يحلقون
ينتظرون رسول الله صلى الله عليه وسلم هل يحلق ولا فاعتذر النبي صلى الله عليه وسلم وقال لو استقبلت الى
آخره وبين فيه ان سوق الهدي يمنعه عن التحلل ولولا ذلك لتحلل **وقوله** ويحرم بالحج ظاهر **وقوله** على ما بينا اشارة

الى

اليها قال وعليه دم التمتع للنص الذي تلونا يعني قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج **وقوله** وان احلق يوم
النحر فقد حل من الاحرامين يعني احرام العمرة واحرام الحج [illegible]

[illegible]

ومن كان داخل المواقيت سواء كان بينه وبين مكة مسـ

العدة وعشر ذي الحجة وليلة نظرا لان المنقول عنهم وعشر من ذي الحجة بالتذكير وهو الليالي فلا يكون عشرة
في دخول يوم النحر في وقته والجواب انه لما ذكر احد العددين من الليالي والايام بلفظ الجمع تقتضي دخول
ما بازائه من العدد الاخر كما تقدم في الاعتكاف فان قيل سلمنا ذلك لكن وجه دخول شوال وذي
القعدة من وقته واداء الحج لا يصح فيهما اجيب بان بعض افعاله يصح فيهما الا ترى ان الافاقي اذا قدم
مكة في شوال فطاف طواف القدوم وسعى بعده فان هذا السعي يكون هو السعي الواجب في الحج لانه يجب
الامرة ولصلة ولو فعل ذلك في رمضان لا يجزيه عن السعي الواجب في الحج **قوله** وهذا اي ما روي عن
العبادلة وما ذكرنا من المعقول يدل على ان المراد من قوله تعالى الحج اشهر معلومات شوال وذو القعدة وبعض
الحجة ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك ومن الشارحين من قال لفظ اشهر عام فيحتمل ان يراد منه بعض
وليس بشيء لان ما ينتهي اليه الخصوص اذا كان العام جمعا الثلاث لا دونه ولان الخصوص انما يكون باخراج
بعض افراد العام لا باخراج بعض كل فرد ومنهم من قال اسم الجمع يشترك فيه ما وراء الواحد بدليل
قوله فقد صغت قلوبكما فان المراد بالجمع التثنية ورد بان ذلك عند عدم الالتباس كما في هذا المثال
وما نحن فيه ملتبس والاولى ان يقال ذكر الكل وارادة الجزء فان قلت فيكون مجازا فلا بد له من قرينة
قلت سياق الكلام لانه قال الحج اشهر والحج نفسه ليس باشهر فكان تقديره والله اعلم الحج في
اشهر والظرف لا يستلزم الاستغراق فكان البعض مرادا وعينه ما روي عن العبادلة وعن غيرهم
وقوله فانه قدم الاحرام عليها اي على اشهر الحج جاز احرامه عندنا وانعقد حجا خلافا للشافعي فان عنده
يصير محرما بالعمرة لانه لم يكن عنده فلا يتحقق قبل اوانه فان قيل المذكور في الكتاب يدل على انه لا ينعقد
الحج المذكور وتعقبه ابن ما للعمرة فالجواب ان الاحرام اذا وجد فلم يصلح ان يكون للحج ينصرف الى ما يصلح
لكي لا يلغو الالغاء كمن نوى صوم القضاء من النهار فانه يكون شارعا في النفل وهو شرط عندنا
فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت بخلاف الصوم فان قيل لو كان شرطا لما كره قبل اشهر الحج لكنه
مكروه اجيب بان الكراهة ليست للتقديم على الوقت بل لانه يقع في المحظور لطول الزمان **قوله** ولانه
الاحرام تحريم اشياء يستلزم تحريم قتل الصيد ولبس المخيط وحلق الراس ونحو ذلك وايجاب اشياء
كالرمي والسعي وغيرهما وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان يعني الميقات لا يقال هذا
كله تعليل في مقابلة النص وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال لا يهل احد بالحج في غير اشهر الحج [illegible]
بالعمرة وفي ذلك دلالة على انه ليس بشرط [illegible] لا نقول هذا الحديث شاذ [illegible] على
مثله **قال** واذا قدم الكوفي بعمرة هذه المسئلة على اربعة اوجه الاول هو ما ذكره في الكتاب بقوله ثم
[illegible]

وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن ابن عباس وعدة من التابعين وهذا لان حد التمتع لم يبق صادقا عليه
حيث انشأ لكل نسك سفرا من اهله والمتمتع من يترفق باداء النسكين في سفر واحد فان ساق الهدي فالمامه
لا يكون صحيحا يعني الا ان في اذا فعل ذلك لا يكون المامه صحيحا كالمكي اذا خرج الى الكوفة واحرم بعمرة وساق
الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود هنا مستحق عليه لان المراد بالعود هنا ما يكون من الوطن الى الحرم
والعلة ولكن شبهتنا موجود لكونه في الحرم او في مكة فلا يتصور العود واذا ساق الهدي لا يكون متمتعا فلان
لا يكون اذا لم يسق كان اولى **وقوله** ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج فيه ثلاث مذاهب ذهب الشافعي الى انه
اذا احرم بالعمرة قبل اشهر الحج لا يكون متمتعا وان ادى الافعال فيها وقال مالك هو متمتع واذا لم يؤد
فيها اذا كان التحلل عن احرام العمرة فيها وقلنا ان ادى اربعة اشواط فيها كان متمتعا والا فلا وجه قول
انه لم يجمع بين النسكين في اشهر الحج لتقدم ركن العمرة عليها وهو الاحرام ووجه قول مالك ان الجمع بينهما يتحقق
باعتبار الاتمام وهو التحلل فيها وقلنا ما ذكر في الكتاب ان الاحرام شرط فيجوز تقديمه كتقديم الطهارة على
وقت الصلاة واعتبرنا اداء الافعال فيها وجه الاكثر وللاكثر حكم الكل فصار كما اذا ادرك المقتدي [illegible]
[illegible]
النص انما [illegible] طاف لعمرته قبل اشهر الحج طاهرا ما ذكرناه **وقوله** وهذا اشارة الى انه لم يكن
متمتعا واذا [illegible] العمرة ومعناه ان نسك العمرة ينتسك اذا جامع بعد ما طاف ثلاثة اشواط فلم يفسد بعد
ما طاف اربعة اشواط فاذا طاف اربعة اشواط قبل اشهر الحج صار بحيث لا يفسد نسكه بالجماع فصار كانه
تحلل قبل اشهر الحج ولو تحلل قبلها لم يكن متمتعا فكذا هذا وعلى هذا يكون هذا المذكور حجة على مالك
لانه يعتبر الاتمام وهذا الحكم للاتمام في حق عدم الفساد فكذا في حق كونه غير متمتع ولان الترفق انما يكون
باداء الافعال والمتمتع هو المترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج فلا بد ان يوجد الافعال كلها او
اكثرها فيه حتى يكون متمتعا والجواب عن الشافعي [illegible] ان الاحرام ليس من افعال العمرة بل هو من الشروط
قال واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة لما ذكر ان المتمتع هو الذي يترفق باداء النسكين في
سفرة واحدة في اشهر الحج احتاج الى بيان الاشهر فقال اشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة فان
قلت هل للمتمتع اختصاص بذلك والقارن ايضا لا بد له ان يجمع بين النسكين في اشهر الحج قلت قال
صاحب النهاية وحمل روايته في المحيط انه لا يشترط لصحة القران ذلك قال في المنتقى رجل جمع بين حجة وعمرة
احرم بهما ثم قدم مكة وطاف لعمرته في شهر رمضان كان قارنا ولكن لا هدي عليه **قوله** كذا روي عن العبادلة
الثلاثة وعبد الله بن الزبير وانما فصل عبد الله بن الزبير عن العبادلة الثلاثة وهم عبد الله بن عمر وعبد الله
ابن عباس [illegible] عند اطلاق العبادلة الا هؤلاء الثلاثة واما في عرف المحدثين فالعبادلة عبد الله
بن عباس وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن الزبير وليس عبد الله بن مسعود منهم لانه كان تقدم موته ولان الحج
يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وفي هذا اشارة الى نفي قول مالك وقت الحج جميع
الاشهر الثلاثة وهو مروي عن عروة بن الزبير رضي الله عنه لقوله تعالى الحج اشهر معلومات واقل الجمع المتفق عليه
ثلاثة وفائدة ذلك انما تظهر في حق جواز تاخير طواف الزيارة الى اخر ذي الحجة فانه قال لا يفوت بمضي عشر
ليال [illegible] فلا يكون اليوم العاشر وهو يوم النحر من وقت الحج قلت هو متمسك ابي يوسف في غير ظاهر الرواية
ولكنا نقول فوات الحج بطلوع الفجر من يوم النحر لان الوقوف وهو الركن الاعظم موقت بوقت مخصوص يفوت بفواته
[illegible] خرج وقت الحج لا ترى ان طواف الزيارة مخصوص [illegible] يوم النحر لا يجوز قبله وهو
ركن [illegible] لا يجوز ان يكون في غير وقته ولقائل ان يقول ان اعتبر الفوات يلزم ان يكون ذو الحجة الاخر من وقت الحج
كما قال مالك والحق ان يقال المعول في ذلك ما نقل عن العبادلة وغيرهم من الصحابة والتابعين ان اشهر الحج شوال وذو

وقال ابو حنيفة وهي قوله لا يكون متمتعا وهكذا ذكر الطحاوي لان المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته
مكية وهنا ليس كذلك لان نسكيه ميقاتيان ولانه بعد ما جاوز الميقات حلالا او عاد بل من معه الاحرام من
الميقات فكان كالملم باهله ولابي حنيفة ان السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى اهله فكان بمنزلة من لم يخرج
من الميقات حتى عاد وحج والحاصل ان الاصل عنده انه ما لم يصل الى اهله فهو بمنزلة من لم يجاوز الميقات
وعندهما ان من خرج من الميقات بمنزلة من وصل الى اهله وانما قال فوجب دم التمتع ولم يقل فهو متمتع لان
فائدة الخلاف تظهر في حق وجوب الدم فقال فوجب دم التمتع وهو دم قربة لكونه دم شكر ولهذا حل له التناول منه فيناسب
الايجاب به باعتبار هذه الشبهة احتياطا **قوله** فان قدم بعمرة اي باحرام عمرة فافسدها بان جامع امراته قبل اعمال العمرة
وفرغ منها يعني مضى وقضى وتحلل ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج اي قضى العمرة التي افسدها وحج من عامه
ذلك فانه يكون متمتعا بلا خلاف كذا في النهاية ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام والفوائد الظهيرية وقال ابو يوسف
ومحمد هو متمتع والوجه من الجانبين ما ذكر في الكتاب **قوله** واذا تمتعت المراة فضحت بشاة لم تجزها عن المتعة
لانها اتت بغير الواجب عليها اذ الواجب عليها دم المتعة والاضحية ليست بواجبة ولئن كانت واجبة بان اشترت
بنية الاضحية فذلك واجب آخر عليها غير ما وجب بالتمتع وكذلك الجواب في الرجل وانما خصت المراة لان
الحكاية كانت امراة وضعت المسئلة على ما وقع ولان الغالب من حال النساء الجهل وبنية التضحية في هدي
المتعة لا يكون الا عن جهل ثم لما لم تجزها عن دم المتعة كان عليها دمان سوى ما ذبحت دم المتعة الذي كان
واجبا عليها ودم آخر لانها قد حلت قبل الذبح واذا حاضت المراة عند الاحرام اغتسلت واحرمت وصنعت كما
يصنعه الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة حين حاضت بسرف وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم دخل عليها وهي تبكي فقال لها ما يبكيك نفست فقالت نعم فقال هذا شيء كتبه الله على بنات آدم دعي عنك العمرة
او قال ارفضي عمرتك وانقضي راسك وامتشطي واصنعي جميع ما يصنع الحاج وليس فيه ما يدل على الاغتسال لكن
فيما روى ابو داود في السنن باسناده الى عائشة قالت نفست اسماء بنت عميس بمحمد بن ابي بكر فامر النبي صلى الله عليه
وسلم ان تغتسل وتهل دليل على ذلك ولان الطواف في المسجد والحائض ممنوعة عن دخوله والوقوف في المفازة
وليست ممنوعة عنها فان قيل لا فائدة في هذا الاغتسال لانها لا تطهر به مع قيام الحيض اجاب بقوله وهذا الاغتسال
للاحرام لا للصلاة فيكون مفيدا للنظافة **قوله** ولا شيء على الحائض في ترك طواف الصدر لانه صلى الله
عليه وسلم رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر روت عائشة ان صفية بنت حيي حاضت فقال النبي صلى الله
عليه وسلم عقرى حلقى انك لحابستنا اما كنت طفت يوم النحر قالت بلى قال فلا باس انفري فلما ثبتت الرخصة للحائض
والنفساء في ترك طواف الصدر لم يجب بتركه شيء لان الاصل ان كل نسك جاز تركه بعذر لا يجب بتركه كفارة وعقرى
وحلقى فعلى عند المحدثين ومعناه عقر جسدها واصابها في حلقها وجع **قوله** ومن اتخذ مكة دارا اي وطنا **قوله**
بعد ما حل النفر الاول يعني اليوم الثالث من ايام النحر لانه وجب بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة
بعد ذلك كمن اصبح وهو مقيم في رمضان ثم سافر لا يحل له ان يفطر فاما اذا اتخذ مكة دارا قبل ان يحل النفر
الاول فلا يجب عليه طواف الصدر لانه صار كمقيم سافر قبل ان يصبح فانه يباح له الافطار وعلى قول
ابي يوسف يسقط عنه طواف الصدر الا ان يكون عزم على الاقامة بعد ما افتتح الطواف لانه وقته الطواف
بعد ما حل النفر الاول وما بقي الوقت لا يصير دينا في ذمته فيسقط بما لو طهرت المراة كما حاضت في وقت
الصلاة لا يلزمها قضاء تلك الصلاة

باب الجنايات

لما فرغ من بيان احكام المحرمين

ثم انما بعينها من العوارض من الجنايات والاحصار والفوات وهي جمع جناية والجناية اسم لفعل محرم شرعا سواء حل
بمال او نفس ولكنهم اعني الفقهاء خصوها بالفعل في النفوس والاطراف واما الفعل في المال فسموه غصبا والمراد هاهنا
فعل ليس للمحرم ان يفعله وانما جمع لبيان اقسامها انواع **قوله** واذا تطيب المحرم التطيب عبارة عن لصوق عين له رائحة
طيبة ببدن المحرم او بعضو منه للوجود طيبا ولم يلتصق به من عينه شيء الا ان غلبته شيء ذكرا وانما تطيب المحرم
يوجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم الحاج الشعث التفل والتطيب يزيل هذه الصفة فكانت جناية لكنها تتفاوت
بتفاوت محل الجناية فتفصل ذلك بقوله فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم **قوله** فما زاد فصل في البين **قوله**
وذلك مثل الراس والساعد والفخذ وما اشبه ذلك الفاصل في الارتفاق بين الكامل والناقص العادة فان العادة في استعمال الطيب لعضو التنبيه
عضو كامل فيتم به الجناية وفيما دونه جناية فيها نقصان فيكفيه الصدقة **وقوله** ومحمد يذكر الفرق بينهما هو قوله
ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل الحلق **وقوله** الا في موضعين يعني اذا طاف للزيارة جنبا او اذا جامع بعد
الوقوف بعرفة **وقوله** الا ما يجب بقتل القملة والجرادة يعني ان التصدق فيهما غير مقدر بنصف صاع بل يتصدق بما
شاء **وقوله** صلى الله عليه وسلم للخاطب قاله حين نهى للمعتدة ان تختضب بالحناء وانه صار مطيبا بان كان الحناء طيبا
غير ما يجب فعليه فدية دم التطيب ودم للتغطية يعني اذا غطى يوما الى الليل فان كان اقل من ذلك فعليه صدقة
وقوله باعتبار انه يغلف راسه اي يغطيه والوسمة بكسر السين وهو افصح وسكونها شجرة ورقها خضاب **قوله** وهذا اي
ما قيل ابي يوسف بالتغليف صحيح لان تغطية الراس توجب الجزاء **وقوله** ثم ذكر محمد في الاصل يعني في مسئلة الحناء راسه
ولحيته واقتصر في الجامع الصغير على ما ذكر الراس خاصة وفي ذلك دلالة على ان كل واحد منهما مضمون **وقوله** وان ادهن
بزيت يعني بزيت خالص لما انه طيب بغيره فيجيء ذكره فعليه دم اذا بلغ عضوا كاملا وكلامه ظاهر **وقوله** انه اصل الطيب
ذاك الروائح تلقى فيه فيصير غالية فصار كبيض الصيد في الاصالة يلزم بكسره الجزاء وكذا باستعماله وهذا الخلاف في
الزيت البحت اي الخالص والحل اي دهن السمسم اما المطيب منه كالبنفسج وهو معروف والزنبق على وزن العنبر دهن
الياسمين وما اشبههما كدهن البان والورد فيجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على
وجه التطيب ولو داوى به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه وهو ظاهر **وقوله** بخلاف ما اذا تداوى بالمسك
وما اشبهه كالعنبر والكافور لانها طيب بنفسها فيجب باستعماله وان كان على وجه التداوي **قوله** وان لبس ثوبا
مخيطا اي المخيط الثلاثة انما كذلك **وقوله** ولنا ان معنى الترفق مقصود من اللبس ثم اخذ لذلك قال الله تعالى ساعة بالليل
بيوم الحجر وهذا المعنى قد يمتد فيكون الارتفاق كاملا وقد يقصر فيكون ناقصا فلا بد من حد فاصل بين الكامل والناقص
ليس في الحجر تصيب الا فيقدر باليوم او الليلة لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة فان من لبس ثوبا بالنهار ينزعه في الليل
ومن لبس ثوبا يليق بالليل ينزعه بالنهار فاذا نزع دل على تمام الارتفاق فيجب فيه الدم وما دون ذلك يتقاصر
الجناية فيه لنقصان الارتفاق فيجب الصدقة ومعنى ان ابا يوسف اقام الاكثر مقام الكل لان المرء قد يرجع الى
بيته قبل الليل فينزع ثيابه التي لبسها الناس فكان اللبس في اكثر اليوم ارتفاقا معتبرا لكن هذا غير مضبوط
فان اخر الرجوع الناس الى بيوتهم قبل الليل مختلف بعضهم يرجع في وقت الضحى وبعضهم قبله وبعضهم بعده
الظاهر هو الاول **وقوله** ولو ارتدى بالقميص اي اتشح به الاتشاح هو ان يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه الايسر
الثياب بلبس هكذا عادة وقلنا ما لبس لبس القباء لان القباء ذلك لا يتم الى نفسه بادخال المنكبين واليدين لانه
ماخوذ من القبو وهو الضم ولم يوجد ولهذا يتكلف بحفظه وانما العادة **وقوله** والتقدير في تغطية الراس لتغطيته
النزوع **وقوله** ما بينا هو ما قال او غطى راسه يوما كاملا **وقوله** ولا خلاف انه اذا غطى بالنسبة **وقوله** فعادة يعني ان في بين
كالاكراد والاتراك فانهم يغطون او رؤسهم بالقلانس الصغار ويعتقدون ذلك ارتفاقا كاملا وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الراس
اعتبارا بالحقيقة اي حقيقة الكل اذ حقيقته انما ثبتت اذا كان ما بقي اقل منها والربع والثلث كثير كما في الاحتياط **وقوله** واذا حلق
ربع راسه ظاهر وقال الشافعي لا يجب الا بحلق الكل لا بظاهر قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم فان الراس اسم للكل وقال الشافعي يجب

حلق الكل عملا بظاهر قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم فانه الرأس اسم للكل وقال الشافعي يجب بحلق القليل وهو ثلاث شعرات وعلق الحكم باسم الجنس والحكم المعلق باسم الجنس يتأدى بادنى ما ينطلق عليه الاسم كما في نبات الحرم ولنا ان حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد فان الاتراك يحلقون اوساط رؤوسهم وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لابتغاء الراحة والزينة والارتفاق الكامل يتكامل به الجناية كما تقدم وتتقاصر فيما دونه وفي قوله فتتكامل به الجناية اشارة الى دفع قول مالك فانه قال التحلل بحلق الرأس لا يكمل الجناية فاشار الى ان الجناية تتكامل بالبعض ايضا وفي قوله وتتقاصر فيما دونه اشارة الى نفي قول الشافعي ايضا بحكم الا بالقليل فاشار الى ان الجناية في القليل قاصرة فكيف يجب الدم واما حلق اللحية فهو متعارف فانه الاكاسرة كانوا يحلقون لحاهم وكذا الاخذ من اللحية مقدار الربع وهو ما جرى به معتادا بالعراق وارض العرب فكان مقصودا بالارتفاق كحلق الرأس فالحق به احتياطا لايجاب الكفارة في المناسك فانها مبنية على الاحتياط حتى وجبت بالاعذار بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود لان العادة في الطيب ليست في الاقتصار على الربع فكان العضو الكامل في الطيب كالربع في الحلق في حق الكفارة وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة قيل اذا كان كل واحد من الابطين مقصودا بالحلق وجب ان يجب عليهما دمان واجيب بان جنايات المحرم اذا كانت من نوع واحد يجب دم واحد الا ترى انه اذا حلق جميع شعر بدنه بالنورة لم يلزمه الا دم واحد ذكر في الابطين الحلق ههنا يعني في الجامع الصغير وفي الاصل يعني المبسوط النتف وهو السنة بخلاف العانة فان السنة فيها الحلق لما جاء في الحديث عشر من فطرتي وفطرة ابراهيم خليل الرحمن عليه السلام وذكر من جملتها قص الشارب قوله حتى يوازي الاطار قال في المغرب اطار الشفة ملتقى جلدتها ولحمها مستعار من اطار المنخل والدف قال والمحاجم موضع الحاجم فعلى هذا المراد بالمحاجم ههنا جمع محجم اسم من الحجامة بدليل ذكر لفظه للموضع فلا يصح ان يكون جمع محجم بكسر الميم اسم موضع من الحجامة ودليلهما ظاهر واما دليل ابي حنيفة فهو استثناء لانه جعل حلقه مقصودا ذو وسيلة … واجيب بانه لم يفعل بالتحلقة مقصود لذاته بل الا بقصد وما لا يتوصل الى المقصود لذاته الا به فهو مقصود وان كان لغيره فلا تنافي بينهما بقي الكلام في ان المراد بالمقصود اعم من ان يكون لذاته او لغيره قوله عن عضو كامل تهذ الموضع بنحو الحجامة عضو كامل قوله وان حلق يعني المحرم راس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق والمحلوق الصدقة اما ان يكونا حلالين او محرمين او الحالق حلال والمحلوق محرم او بالعكس من ذلك فلا كلام فيه والثاني فعلى الحالق فيه الصدقة سواء حلق بامر المحلوق او بغير امره خلافا للشافعي فيهما فانه يقول لا شيء على الحالق مطلقا لان الموجب هو الارتفاق وهو لا يتحقق بحلق شعر غيره ولا على المحلوق اذا كان بغير امره بان كان نائما لان اصله ان الاكراه يخرج المكره من المؤاخذة بحكم الفعل والنوم ابلغ منه لان القصد ينعدم بالاكراه وينعدم بالنوم وقلنا في الحالق ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم وتناول محظورات الاحرام يوجب الجزاء كان في بدنه او في غيره كما في نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان الجناية في شعره متكاملة فيلزمه فيه الدم وفي غيره الصدقة وفي المحلوق راسه تقرر السبب الموجب وهو نيل الراحة والزينة وذلك يوجب الدم والنوم والاكراه لا يبطلان ما نحن فيه لان المأثم ينتفي بهما دون الحكم قيل ذكر المصنف ههنا ان بحلق رأس الشعر حصل الزينة فيجب الكفارة وذكر في الديات من هذا الكتاب ان شعر الرأس الزينة لانه يفوت به منفعة الجمال وذلك تناقض لان الجمال فوق الزينة واجيب بانه جمال من حيث الخلقة ولهذا يتكلف عما دونه بستر ويحصل بحلقه زينة ازالة الشعث والتفل واذا اختلفت الجهة زال التناقض قوله بخلاف المضطر متصل بقوله حتم اي بخلاف المحرم المضطر الى حلق رأسه فانه اذا حلقه يتخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين وان شاء صام ثلاثة ايام لان الآفة هناك سماوية وفي صورة النزاع من العباد ثم المحلوق راسه لا يرجع الى الحالق بما وجب عليه من الدم وقال بعض العلماء يرجع لانه هو الذي اوقعه في هذه العهدة

فكانه اتلف عليه القدر من ماله وقلنا الدم انما يلزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور اذا ضمن العقر لا يرجع على الغار لانه في مقابلة ما استوفاه من منافع البضع قوله وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب الا في تمام العقلية وليس فيه على الحالق شيء بالاتفاق وفي المحلوق الخلاف المذكور قوله فان اخذ يعني المحرم من شارب حلال او قص اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا يعني قوله ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام قوله ولا يعرى عن نوع ارتفاق اشارة الى الجواب عما قال الشافعي في حلق راس غيره والاخذ من شاربه بمنزلة ان يلبس غيره مخيطا في عدم ارتفاقه فكما لا يجب في الالباس عليه شيء فكذلك ههنا وذلك لان الحلق والاخذ لا يعرى عن ارتفاق له لان الانسان يتأذى بتفث غيره وليس في الباس المخيط ذلك لكن التأذي بتفث غيره اقل من التأذي بتفث نفسه فيلزم الطعام قوله وان قص يعني المحرم اظافير يديه ورجليه ظاهر وقوله لان الجناية من نوع واحد يعني تسمية ومعنى اما تسمية فلان الكل يسمى قصا واما معنى فلان الارتفاق من حيث القص وهو شيء واحد قوله لان مبناها على التداخل يعني ان المحرم اذا تناول شيئا من محظورات الاحرام يكفيه قيمة واحدة وان كانت الجناية في حق الحرم والاحرام جميعا لكون مبناها على ذلك فاشبه كفارة الفطر وانما يتقيد بالمجلس لان الكفارة معنى العبادة فيها غالب بدليل انها تجب على المعذور كالمكره والنائم والمخطئ والناسي والمضطر والنظر الى ذلك لا يتداخل فغلبت بتعيين التداخل باتحاد المجلس لانه اذا كان في مجلس واحد فالمقصود واحد وان كان في مجالس مختلفة ترجح اتحاد المقصود لوجود الجامع وهو المجلس واما اذا اختلف الجنس ترجح اختلاف الحال ويلزم لكل واحد دم بالاجماع فان قيل الجنايات اذا كانت من جنس واحد لا يتعدد الكفارة كما اذا حلق رأسه في مجالس مختلفة فان عليه كفارة واحدة لا يتعدد الكفارة كما اذا حلق رأسه في مجالس مختلفة فان عليه كفارة واحدة كذلك فالجواب ان ههنا اتحاد المقصود واتحاد المحل وهو اتحاد المجلس وكذا الاختلاف فيها فمتى اتحد الجميع لزمه كفارة واحدة بلا خلاف بينهم ومتى اختلف الجميع لزمه الكفارة متعددة ومتى اتحد المقصود واختلف المحال فان اتحد المجلس تقوى جانب الاتحاد ولزم كفارة واحدة ومتى اختلف المجلس تقوى جانب الاختلاف وتعددت الكفارة فاذا عرفت هذا ظهر لزوم التعدد فيما نحن فيه عند اختلاف المجلس ولزوم الوحدة عند اتحاده ولا يلزم حلق الرأس عليه لان المحل متحد والمقصود كذلك بخلاف محل النزاع لان المحال مختلفة ولا يشكل بحلق الابطين فان المقصود متحد والمحال مختلفة ولم يختلف الحال في اتحاد الحكم بين ما كان المجلس متحدا او مختلفا لان ذلك لا رواية فيه ولئن كانت فيه فما يوجب الحال فهو التنوير فانه لو نور جميع البدن لم يلزمه الا كفارة وقد تقدم ان الحلق مثل التنوير وليس في صورة النزاع ما يجعلها كذلك قوله وان قص يدا او رجلا فظاهر قوله وجه المذكور ما هو كذلك لا يقام الاكثر مقامه اما انه اقل ما يجب الدم بقلمه فلانه انما وجب الدم باعتبار قيامه مقام الكل وفي ذلك شبهة وليس بعد الشبهة الا شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وقد اشار الى هذا التعليل بقوله وقد اقمنا مقام الكل وهو في موضع الحال اي لان اقل ما يجب الدم بقلمه حال كونها مقامة مقام الكل فلو اقمنا اشبهة الكلية الى اخر ما ذكرنا وانما اقام كل ما هو كذلك لا يقام الاكثر مقامه قيل فالا يؤدي الى ما لا يتناهى لانه اذا اقيم الثلاثة مقام خمسة يقام الاثنان مقام الثلاثة ثم الظفر والنصف مقام الظفرين ثم الظفر الواحد مقام ظفر ونصف وهلم جرا في الحكم والمراد بقوله الى ما لا يتناهى الى ما يتعسر اعتباره لان الجسم عندنا اهل السنة والجماعة يتناهى الى الجزء الذي لا يتجزى فلا بد له من تاويل وذلك ما قلنا وان قص خمسة اظافير متفرقة بالجرصية للمعدود كما في قوله تعالى سبع بقرات سمان من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد والجامع انه قص خمسة اظافير ولا تفرقة في ذلك بين ان يكون من يد واحدة او من يد ورجل وبما اذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ولهما ان الدم انما يجب عند تكامل الجناية بنيل الراحة والزينة وهذا ليس كذلك لانه بالقلم على هذا الوجه يتأذى

وبينه ذلك بحلا والحلق لانه معتبر فان من يأخذ شيئا من مقدم رأسه وشيئا من مؤخره فاذا جمع الجميع يصير
مقدار الربع واذا تفرقت الجنايات تجب فيها الصدقة ومقدارها لكل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر
خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء حتى قالوا لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو اربعة
فعليه لكل ظفر طعام مسكين الا ان يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء قوله وان انكسر ظفر المحرم ظاهر قوله
والآية نزلت في المعذور فان كعب بن عجرة بضم العين وسكون الجيم مر بي رسول الله صلى الله عليه وسلم
والقمل يتهافت على وجهي وانا اوقد تحت قدر لي فقال ايؤذيك هوام رأسك فقلت نعم فانزل الله تعالى ففدية
من صيام او صدقة او نسك فقلت ما الصيام يا رسول الله فقال ثلاثة ايام كما ذكر في الكتاب وقوله تفسيره
صلى الله عليه وسلم قدرناه بستة ايام لانه لما تعذر الطعام بستة مساكين كان القياس ان يكون الصوم ستة
ايام وذلك في كل ما اضطر اليه مما لو فعله غير المضطر وجب عليه الدم كذلك تجب عليه احد الاشياء المذكورة
قوله وكذلك الصدقة عندنا يعني خلافا للشافعي فانه يقول لا تجزيه الطعام الا في الحرم لان المقصود به
الرفق لفقراء الحرم ووصول المنفعة اليهم قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه عبادة في كل مكان قوله واما
النسك فقال نسك لله نسكا ومنسكا اذا ذبح لوجهه تقربا الى الله تعالى والنسك عبادة ومنه قوله تعالى ان
صلاتي ونسكي والمراد به ههنا الهدي الذي يذبحه في الحرم بطريق الجزاء عما باشره من محظورات الاحرام
كالطيب والحلق في حالة العذر وذلك مخصوص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان
وهدي المتعة والقران في ايام النحر وفي مكان كما في دماء الكفارات قال الله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ
الكعبة وذلك بطريق الكفارة ففيه الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان وهو الحرم فللشرع في
باختصاص اللحم الدم الا على انه تلويث الحرم انما المقصود هو التصدق باللحم الذي نعلمه ان يتصدق بلحمه
على فقراء الحرم وغيرهم قوله ولو اختار الطعام اجزأه ظاهر الرواية ذهب نظرا الى كفارة اليمين في القران فانه
ذكر بلفظ الاطعام وهو يقتضي الاباحة والى تفسير النبي عليه السلام فانه قال اطعم ستة مساكين ومحمد نظر الى قوله
او صدقة فانها تقتضي التمليك كما في كفارة اليمين فان المذكور فيه الاطعام لا الصدقة فصل في جناية الطيب
ونحوها بجناية الجماع ودواعيه لان الطيب واللبس وسيلة الجماع والوسائل تقدم فلهذا قدم في هذا الفصل
ذكر دواعي الجماع عليه قوله فان نظر المحرم الى فرج امرأة بشهوة الى داخل فرجها وهو موضع البكارة وانما يحصل ذلك
عندكونها متكئة فامنى اي انزل المني لا شيء عليه من الكفارة لان المحرم هو الجماع وهو قضاء الشهوة
بسبيل الاجتماع صورة وهو الايلاج ومعنى وهو الانزال لم يوجد ذلك لا صورة ولا معنى فانه لا يحب
عليه شيء كما قلنا فان قبل او لمس بشهوة فعليه دم سواء انزل او لم ينزل لعله رواية الاصل وفي الجامع الصغير
شرط الانزال حيث قال واذا مس بشهوة فامنى وكذلك ذكر رواية الجامع الصغير وكذا الجواب في الجماع فيما
دون الفرج من الادخال بين الفخذين والسرة فان الفرج يراد به القبل والدبر فما دونه يكون مما ذكرناه وروي
عن الشافعي انه اذا انزل يفسد احرامه في جميع ذلك يعني التقبيل بشهوة واللمس بشهوة والجماع فيما دون الفرج
واعتبره بالصوم فان الصوم يفسد بهذه الاشياء اذا انزل لانه مواقعة معنى ولنا ان الاحرام لا يفسد دون
الانزال في هذه الصورة فسادا يتعلق بالجماع لانه لا يفسد بغيره من المحظورات
بالاجماع وهذا ليس بجماع فلا يتعلق به فساد الحج الا انه فيه استمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك محظور
الاحرام فيلزمه الدم قوله بخلاف الصوم جواب عن اعتباره بالصوم لان
المحرم فيه قضاء الشهوة حيث كان ركنه الكف عنه وقضاؤها يكون بالانزال فيما دون الفرج لتحقق وان جامع
في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل
فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما

فصل

وعليها الحج من قابل ولا فرق في ذلك بين ان يكون عامدا او ناسيا او هي نائمة او مكرهة وهكذا يعني مثل ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم نقل عن جماعة من الصحابة وقال الشافعي تجب بدنة كما لو جامع بعد الوقوف والجامع
تغلظ الجناية ولنا عليه الاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم يريقان دما وذكره مطلقا يتناول
الشاة لانه متيقن به فان قيل المطلق ينصرف الى الكامل ...
الى الكامل والكامل ما يمنعه وهو ههنا موجود لان الجماع قبل الوقوف لما كان سببا للقضاء اخف معنى الجناية
لاستدراك المصلحة الفائتة بالقضاء فلا وجه الى البدنة لزوم ايجاب الجزاء على الخطأ بمقابلة جناية خفيفة
فوق ذلك مقتضى الحكمة بخلاف ما اذا كان بعد الوقوف على ما نذكر قوله قبل في الجناية فكان يخفف القضاء فانه بحال
البدنة في مقابلة اعلى مقتضى الحكمة ولهذا اشار المصنف بقوله ولان القضاء لما وجب الى الاخر وعن
ابي حنيفة ان في غير القبل منهما اي من السبيلين وقيل من المرأة والرجل لا نفس لقضاء معنى الوطء
وان لم يوجب الحد ولا يجب بالاجماع وفي رواية نفسد لانه كامل من حيث انه ارتفاق وعندهما نفسد
لانه يوجب الحد قوله وليس عليه ان يفارق امرأته لانه مرسل في الصحابة قالوا اذا رجعا الى القضاء
معناه لا يخالطها فاحدهما على طريق غير طريق صاحبه قال مالك اذا خرجا هذا اللفظ فقال لا حاجة بينهما
فعلهما انه يفترقا وقال زفر يفترقا اذا احرما وقت الاحرام لانه ربما تذكرا نسك ثم تقول الصحابة ووقت ذلك
النسك فيفعلا الى ذلك ولنا ان الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام ولا بعده
من المكان الذي جامعها فيه يفترقان لانهما يأمنان اذا وصلا الى ذلك الموضع ان يهيج بهما الشهوة فيواقعها
والمصنف ذكر دليلنا على وجه هو دافع لاقوالهم وهو واضح ونقول لمن قال الصحابة انهما يفترقا وعلى سبيل
الندب اذ خافا على انفسهما الفتنة كما يندب الشاب الى الامتناع عن التقبيل في حالة الصوم اذا كان لا يأمن
على نفسه ما سواه ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي فيما اذا جامع قبل
رمي جمرة العقبة فانه يفسد حجه لانه احرامه قبل الرمي مطلق اي كامل حيث يحل له شيء مما هو حرام على
المحرم والجماع في الاحرام قبل الرمي مطلق اي كامل حيث لم يحل له شيء مما هو حرام من نسك الحج كما اذا كان قبل الوقوف
بخلاف ما بعد الرمي فانه قد قضى اوان التحلل وحل له الحلق الذي كان حراما على المحرم ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم ذلك لنا ووجه ذلك انه صلى الله عليه وسلم قال الحج عرفة فمن وقف بعرفة فقد تم حجه وليس المراد به التمام
من حيث الاداء فقال لانه لا يتادى بعض الاركان فكان المراد به التمام من حيث انه امن من الفساد فكذلك
لتاكيد حجه بالوقوف لم يترك انه امن من الفوات بعد الوقوف وكما يثبت حكم التاكيد في الامن عن الفوات
كذلك يثبت في الامن عن الفساد فان قيل لو كان كذلك لما وجبت البدنة لان الشيء بعد تمامه لا يقبل الجناية
فلا يقتضي جزاء اجاب بقوله وانما يجب البدنة لقول ابن عباس وهو ما روي عنه انه قال اذا جامع قبل الوقوف
بعرفة فسد حجه وعليه دم وان جامع بعد الوقوف بعرفة ومن طاف طواف الزيارة حجته ولم يعرف له
مخالف فحل محل الاجماع وقيل مثله لا يدرك بالرأي فيه فكان مسموعا قوله او لانه قيل انما ذكر بكلمة او لكون
اثر ابن عباس غير مشهور فانه يعمل به لتكون متمسكا بالشيئين وفيه نظر لان المطلوب اثبات الوجوب وهو يثبت
بخبر الواحد لا يتوقف على الاشتهار ولعله اراد انه يخالف الحديث والاثار عن ايجاب غير البدنة على الارتفاق
لتغليظ جنايته وكلما كان كذلك يتغلظ موجبه لوجوب التطابق بين الموجب والموجب بمقتضى الحكمة
وان جامع بعد الحلق فعليه شاة ظاهر قوله ومن جامع في العمرة بيان الجناية على الاحرام العمرة بعد ذكر الحج
لكن يتوهم منه تفضيل طواف العمرة على طواف الزيارة فانه اذا جامع بعد ما طاف لطواف الزيارة اربعة
اشواط لم يجب عليه شيء وان فعل ذلك في طواف العمرة فعليه شاة كما ذكر في الكتاب واجيب بان ذلك ليس من
حيث التفضيل بل من حيث محل الجناية وذلك لان طواف الزيارة على الوجه المسنون في الترتيب انما يؤدى في

كابن جمع

قوله لان الجماع قبل الوقوف اقول فعلى هذا يكون الوجه الثالث من تتمة الاول ويتبع استقلال كل منهما
سعد الله

برونه

فحجه تامة وعليه بدنة وروي انه قال لا تجب البدنة في الحج الا في موضعين من جامع بعد الوقوف
قوله قيل انما ذكر بكلمة او لكون اثر ابن عباس غير مشهور اقول فيه ان المستفاد من كلمة او جواز التمسك باخره مستقلا كما لا يخفى
سعد الله
قوله وهو يثبت بخبر الواحد لا يتوقف على الاشتهار اقول هذا مبني على الوجه الثاني من وجهي الاستدلال باخره واما على الاول فلا حاجة اليه فانه اذا دخل محل الاجماع يكون من قبيل المشهور
سعد الله

به بعد التحلل بالحلق او التقصير غايته ما في الباب ان جملته تاخر في حق النساء المعنى وهو وقوع الركن في الاحرام
فقام اكثر اشواطه مقام كله بخلاف العمرة فان طوافها قبل التحلل فكان ارتكاب المحظور في محض الاحرام
فيجب الدم ولهذا قلنا انه لم يحلق قبل طواف الزيارة وجامع بعدما طاف لها اربعة اشواط وجب عليه الدم
كما في طواف العمرة كذلك وقوله وقال الشافعي يفسد في الوجهين اي فيما اذا جامع قبل ان يطوف اربعة اشواط
او بعده لانهما سيان في افساد الحج عنده فكذلك في العمرة وهي عنده كالحج وقوله وقال الشافعي جماع الناسي غير
مفسد للحج لو قال للاحرام كان اشمل لبيان ولا للعمرة جعل النسيان عذرا مؤثرا في فساده كما في الصوم وجعل الاكراه
والنوم كالنسيان بناء على ان الاكراه لما اباح الاقدام والاعدام اصل الفعل مع كونه قاصدا الى الصوم ولا ابتغاء القصد
واذا انعدم الفعل لم يكن جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهو
ان يكون بمعنى الجماع لقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق الآية والرفث اسم للجماع وهو لا ينعدم بهذه العوارض وليس في
معنى الصوم لوجود المذكر وهو حالة الاحرام بخلاف الصوم فانه لا مذكر له

فصل لما فرغ من بيان الجناية على الاحرام ذكر الجناية على الطواف الذي هو بعد الاحرام في فصل على حدة **قوله** ومن طاف طواف القدوم
محدثا طواف القدوم محدثا معتد به عندنا وعليه صدقة وقال الشافعي لا يعتد به ولا يجزيه لقوله صلى
الله عليه وسلم الطواف بالصلاة وليس بين ذاتيهما من المشابهة لان ذات الطواف وهو الدوران يتدفع
به ذات الصلاة فيكون المراد انه كالصلاة حكما ومن حكمها عدم الاعتداد بدون الطهارة ولنا قوله
تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ووجه الاستدلال ان الله امر بالطواف وهو الدوران حول الكعبة من غير
قيد الطهارة فلم يكن فرضا بالآية ولا يجوز الزيادة عليه بخبر الواحد لانه نسخ ثم قيل هي سنة وهو قول ابن شجاع
والاصح انها واجبة وهو قول ابي بكر الرازي لانها تجب بتركها الجابر وهو اما الدم على ما قال بعض مشايخ
العراق او الصدقة كما ذكر في الكتاب وهو مروي عن محمد وكل ما كان يجب بتركه جابر فهو واجب ولانه خبر
يوجب العمل دون العلم فيثبت الوجوب دون الفرضية **وقوله** فاذا شرع في هذا الطواف دليل على وجوب المدة
على تقدير كونها سنة وذلك لان الشروع في النفل ملزم في الجملة لا تعالى فيصير الطواف واجبا ويدخل نقص
بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وفيه
بحث من وجهين احدهما ان دخول النقص بتركها على تقدير كونها سنة محل النزاع فلا يوجد في الدليل والثاني
انه منقوض بالصلاة النافلة فانه اذا اداها بنقص يجبر بسجدة السهو كما يجبر الفرض بها ولم يظهر دنو مرتبته
فليكن هاهنا ايضا كذلك والجواب عن الاول ان ترك السنة يوجب نقصا ويجبر بالكفارة الا ترى ان من
افاض من عرفات قبل الامام وجب عليه دم قال محمد لانه ترك سنة الدفع وعن الثاني بان الشرع جعل الجابر
في الصلاة نوعا واحدا فلا مصير الى غيره وفي الحج جعله متنوعا فامكن المصير الى ما يتبين به رتبة النفل عن الرتبة
فعملنا على بداية العدو بكي اختارها المصنف واما على ما ذكر الطحاوي وشيخ الاسلام انه اذا طاف طواف
التحية محدثا فلا شيء عليه لانه لو تركه اصلا لم يجب عليه شيء فكذا اذا اتى به مع نقصان فلا نحتاج الى شيء من هذه
التكلفات ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن فادخال النقص في الركن افحش
من ادخاله على الواجب وان كان جنبا فعليه بدنة وكلامه ظاهر **وقوله** لان اكثر الشيء له حكم الكل يجزئ عليه بالمقادير
الشرعية كالصوم والصلاة ونحوهما فان الاكثر منهما لا يقوم مقام الكل وقد تقدم ما يجاب عنه وتوضيحه هاهنا بانا وجدنا
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من وقف بعرفة فقد تم حجه وليس ذلك الا باقامة الاكثر مقام الكل فان الحج
له فروض ثلاثة وبعض ذلك ~~الا باقامة الاكثر مقام الكل~~ شرط وركنان وعند ما وقف فقد حصل منه اثنان
وهو الشرط اعني الاحرام واحد الركنين وليس في المقدرات الشرعية مثله فلم يكن كذلك **قوله** والافضل ان
يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه لان فيه تحصيل الجزاء بما هو من جنسه فكان افضل **قوله** وفي بعض النسخ

يريد به

يريد به نسخ المبسوط **قوله** ثم اذا اعاده يعني طواف الزيارة **وقوله** وان اعاده بعد ايام النحر فيحتمله الوصل
وقوله لا ذبح عليه بناء على ان الطواف الاول ان كان بغير طهارة معتد به والا لزم الدم على قول ابي
حنيفة بالتاخير فاذا كان معتدا به بنقصان وقد اعاده لم يبق الا شبهة النقصان وهي نقصان
الطواف بالحدث وهي لا توجب شيئا **وقوله** وان اعاده وقد طاف جنبا ظاهر **وقوله** وان اعاده بعد
ايام النحر لزمه الدم اي الشاة لان البدنة سقطت بالاعادة بالاتفاق وانما هذا دم يلزمه على قول
ابي حنيفة لتاخير الطواف عن ايام النحر على ما عرف من مذهبه ان من اخر نسكا عن نسك يجب عليه الدم
وهذا الذي ذكره انما هو اختيار ابي بكر الرازي فان المعتد به من الطوافين اذا طاف الاول جنبا انما
هو الثاني وان الاول ينفسخ بالثاني اذ لو كان المعتد به الاول لما لزمه دم التاخير لان الاول مؤدى في وقته بخلاف
ما اذا طاف الاول محدثا فان المعتد به هو الاول لقلة النقصان فكان الثاني جابرا للنقصان المتمكن
فيه فان قيل فما يقول في معتمر طاف لعمرته في رمضان جنبا ثم اعاد طوافه في اشهر الحج وحج من عامه ذلك
فانه لا يكون متمتعا فالمذكور في الكتاب ولو كان المعتد به هو الثاني لكان متمتعا اجيب بان المعتمر لما طاف في
رمضان وقع الامن عن فساد العمرة واذا امن فسادها قبل وقت الحج لا يكون متمتعا فان قيل التحلل يحصل
بالطواف الاول فيكون هو المعتد به اجيب بان الاول لم يراع الكل لفاحش النقصان فيه فان اعاده انفسخ
الاول واعتد بالثاني والا لكان هو المعتد به في التحلل **وقوله** ولو رجع الى اهله ظاهر **وقوله** لان النقصان
بترك الاقل يسير اعاكان ولكن لا تجانسه لوجود راجح **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه تمكن معنى النقصان
وفيه نوع العقل **وقوله** ومن ترك اربعة اشواط منه يعني من طواف الصدر **وقوله** ومن ترك ثلاثة اشواط
منه يعني من طواف الصدر فعليه الصدقة يعني لاظهار التفاوت بين ترك الاقل من طواف الصدر
والاقل من طواف الزيارة والمراد بالصدقة هاهنا هو ان يكون لكل شوط منه نصف صاع من حنطة والحاصل
ان اكثر طواف الصدر بمنزلة اقل طواف الزيارة في وجوب الشاة واذا كان في اكثره شاة فلا بد ان يكون في اقله
صدقة **قال** ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء ما ذكر من المسئلتين والفرق بينهما واضح وفائدة نقل
طواف الصدر الى طواف الزيارة سقوط البدنة عنه وههنا اصل وهو ان كل من وجب عليه طواف في
بعينه وقته ووقع عنه سواء نواه او لم ينوه او نوى به غيره وقع عن العمرة وان كان حاجا وقع عن طواف القدوم
وان كان قارنا كان الطواف الاول للعمرة ثم ما بعده للحج سواء نوى التطوع او طوافا آخر وانما كان كذلك
لان الاحرام قد انعقد لاداء ما في ذمته فاذا اتى به وقع عن المستحق ولم يتغير بنيته ونية التعيين عما هو مستحق به
وقوله على ما بينا اشارة الى قوله ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط فعليه شاة الى قوله ما دام
بمكة يؤمر بالاعادة **وقوله** ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء واضح **وقوله** ولا شيء عليه في السعي
معطوف على قوله فعليه دم **وقوله** وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي كان عليه دم لانه لما اعاد الطواف
بعد نقض الطواف الاول وانتقض ذلك حصل السعي قبل الطواف فلا يعتد به فيكون تاركا للسعي فيجب
عليه دم ووجه الصحيح وهو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام المحبوبي والمصنف ان الطهارة ليست
بشرط في السعي وانما الشرط فيه ان يكون على اثر طواف معتد به وطواف المحدث كذلك ولهذا يحل به فاذا اتى
به مع تقدم الشرط عليه حصل المقصود فان اعاده تبعا للطواف فهو افضل وان لا فلا شيء عليه **وقوله** ومن
ترك السعي ظاهر **وقوله** ومن افاض من قبل الامام من عرفات فعليه دم قال في النهاية كان من حق الرواية
ان يقال ومن افاض قبل غروب الشمس فعليه دم لما ان المحظور عليه الافاضة قبل غروب الشمس واقول
قوله هذا يستلزم ذلك لان الاستدامة اذا كانت واجبة الى غروب الشمس فالافاضة قبل الامام لا تكون
الا قبل الغروب لان الظاهر ان الامام لا يترك ما وجب عليه من الاستدامة اذا كانت واجبة الى الغروب

انّ في الثالث اي الرابع وقوله وفي تقديم نسك على نسك اي وكذا الخلاف في تقديم نسك على نسك
كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح وذبح القارن قبل الرمي وحلق القارن قبل الذبح
الذبح وانما خص القارن بالذكر لان المفرد اذا ذبح قبل الرمي او حلق قبل الذبح فانه لا شي عليه لان الذبح غير واجب عليه فاما
تقديم نسك على نسك فيستلزم تاخير نسك عن نسك وكان بعضهم يقول تاخير النسك لا يكون
مختصاً بالايام والتقديم ما يكون مختصاً بها لانه في يوم واحد قد يكون التاخير في النسك والتقديم
ظاهر كلامهما مستدلا بالقضاء وفيه نسخ فيما عزوه بالاستدراك في احكام الترتيب ولا فرق في حديث ابن
مسعود قال من قدم نسكا على نسك فعليه دم قلت ما ثبت الصحيح عن عبد الله بن عمرو بن العاص
انه صلى الله عليه وسلم وقف للناس بمنى يسالونه فجاء رجل وقال لم اشعر فحلقت قبل الرمي فقال صلى الله عليه وسلم
افعل ولا حرج وذلك دليل واضح على انه لا شي عليه في التقديم والتاخير والجواب انه محمول على الظاهر
لانه يدل على ترك القضاء ايضا ويجوز ان يكون السائل معذورا وتقديم الذبح على الرمي لا يوجب عليه شيئا كما
ذكرنا ولكن نعتذر لكم بما ذكر انه لو كان يكون مما لا يشق مؤقت فلا يوجب التاخير فيه شيئا سلمنا ولكن يكون معارضا
لما روينا من حديث ابن مسعود وفيه التصحيح انه رواية ابن عباس وفيها لكنهما تعارضا والقياس معنا
على ما ذكر في الكتاب بفعله ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو مؤقت بالمكان كالاحرام فان
الحاج اذا جاوز الميقات بغير احرام ثم احرم وجب عليه الدم فكذا التاخير عن الزمان فيما هو مؤقت
بالزمان بجامع تمكن النقصان بالتاخير فيهما فان قيل فيهما ايضا قياس وهو القياس على سائر ما يستدرك
من العبادات بالقضاء فكان قياسا سالما عن المعارض فالجواب ان قياسنا مرجح بالاحتياط فانه فيه الخروج
عن العهدة بيقين **وقوله** والحلق في ايام النحر فالعرق المصنف ذكره محمد في الجامع الصغير قول ابي يوسف
في المعتمر انه لا شي عليه ولم يذكره في الحاج اذا حلق خارج الحرم فقيل انما لم يذكره لانه بالاتفاق في وجوب
الدم لان السنة جرت في الحج بان يكون الحلق بمنى وهو من الحرم فتركه يلزم الجابر والاصح انه على الخلاف في
عندهما يجب الدم وعند ابي يوسف لا يجب شي ووجه الجانبين على ما ذكره في الكتاب واضح **وقوله** فالحاصل
ان الحلق يعني في الحج يتوقت بالزمان والمكان اي بايام النحر والحرم عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يتوقت
بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وانما قلنا يعني في الحج
لان الحلق في العمرة لا يتوقت بالزمان بالاجماع فان قيل اذا كان مؤقتا بهما كان كالوقوف فينبغي ان
لا يعتد به اذا حلق خارج الحرم كما لو وقف بغير عرفة او طاف بغير البيت والجواب ان محل الفعل هو الراس
دون الحرم ولكنه جنى ان الحلق عن مكانه فيلزمه دم كما يلزمه بالتاخير عن وقته بخلاف ما ذكر من الوقوف
والطواف فان محل الفعل هو الجبل وحول البيت وبالخروج عنهما يترك المحل فلا يعتد به ووجه قول ابي حنيفة
على اختصاصه بالمكان ما تعلم من قوله لما ان الحلق لما جعل محللا الى آخره واما على اختصاصه بالزمان
فلان الحلق للتحلل هذا بالاتفاق وكل ما هو كذلك يتوقت بالزمان كالطواف ووجه قول ابي يوسف اما على
عدم اختصاصه بالمكان فقد تعلم من قوله بعد الحلق هو غير مختص بالحرم الى آخره واما على عدم اختصاصه
بالزمان فهو ان الحلق الذي هو نسك في اوانه بمنزلة الحلق الذي هو جناية قبل اوانه وكما ان ذلك لا
يختص بزمان فكذا هذا ولو ارادت ان تجعله دليلا للشق قلت وكما ان ذلك لا يختص بزمان ومكان
فكذا هذا فلو كان مختصا بهما لما وقع معتدا به في غير المكان والزمان كالوقوف بعرفة وقد عرفت جوابه
ذلك آنفا ووجه قول محمد اما على اختصاصه بالمكان فقد تعلم من قوله ولهما ان الحلق الى آخره واما على عدم اختصاصه
بالزمان فهو ذلك لابي يوسف على عدم اختصاصه بالزمان ووجه قول زفر ان التحلل عن الاحرام معتبر
بابتداء الاحرام وابتداؤه مؤقت بالزمان حتى كره تقديم احرام الحج على اشهره دون المكان حتى جاز ان يحرم من

قوله ان المتروك سنة الدفع مع الامام اول
بل الواجب الدفع بعد الغروب والمقارنة للدفع
لان الواجب باتيانها قوله مع الامام بمجرد بعد
الغروب لا مع المسلمة. سعود افندي

الشمس فالافاضة قبل الامام لا تكون الا قبل الغروب لان الظاهر ان الامام لا يترك ما وجب عليه من الامتداد
وقوله بخلاف ما اذا وقف ليلا متصل بقوله ولنا ان الاستدامة الى الغروب الشمس واجبة فان قيل قوله صلى
الله عليه وسلم من وقف بعرفة بليل او نهار فقد ادرك الحج يقتضي ان لا يكون الامتداد شرطا لا في الليل ولا
في النهار فكيف جعلتم شرطا في النهار دون الليل قلت ترك ظاهره في حق النهار لقوله صلى الله عليه وسلم
فادفعوا بعد غروب الشمس فبقي الليل على ظاهره وان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في
ظاهر الرواية وروى ابن شجاع عن ابي حنيفة انه يسقط عنه الدم لانه استدرك ما فاته لان الواجب
عليه الافاضة بعد الغروب وقد اتى به فكان كمن جاوز الميقات حلالا ثم عاد الى الميقات واحرم ووجه
الظاهر ما ذكره في الكتاب ان المتروك لا يصير مستدركا معناه ان المتروك سنة الدفع مع الامام وذلك
ليس بمستدرك بعوده وجه الاستحالة واذا عاد قبل غروب الشمس حتى افاض مع الامام بعد غروبها فقد
اختلفوا فيه فمنهم من قال لا يسقط عنه الدم لان استدامة الوقوف قد انقطعت ولا يمكن تداركها ينبغي
الدم ومنهم من قال يسقط لانه استدرك سنة الدفع مع الامام **قال** ومن ترك الوقوف بالمزدلفة ورمي
الجمار من الواجبات فاذا ترك شيئا منها وجب عليه الدم لكن اذا تركه دما لجمار في الايام كلها وفي اربعة حاص وترك
خاص حد خاف بينهما لجمع تشريق تكفيه دم واحد وقال بعض المشايخ يلزمه بترك رمي كل يوم دم لان الجنايات
وان كانت جنسا واحدا لكنها في مجالس مختلفة كما تقدم ووجهه ما في الكتاب ما ذكر ان الجنس متحد وكل ما
كذلك لا يتعدد فيه الكفارة كما في الحلق فانه اذا حلق شعر البدن كله يلزمه دم واحد وكان التعدد المجالس
يختص بي وان كان يلزمه لو اقتصر على حلق الراس او ربعه **وقوله** والترك انما يتحقق بغروب الشمس من آخر ايام الرمي
جواب قال ذلك البعض من المشايخ ان المجالس مختلفة ووجهه ذلك ان ايام الرمي كلها زمان واحد للرمي
لم يتحقق هنا لا اختلاف المجلس لانه لم يعرف قربة الا فيها على خلاف القياس كما يتحقق الترك ما دام فيها كالتضحية
في ايام النحر فيرمي فيها على التاليف الذي يقتضي الترتيب الذي شرع ما دامت الايام باقية ... فان تركه
ليس بمؤقت بزمان فيتحقق فيه اختلاف المجلس بتاخيرها عن جمرة الا ايا تجب الدم وهو شاة عندنا في
حنيفة خلافا لهما وان ترك رمي يوم واحد فعليه دم لانه نسك تام فان قيل هذا بظاهره يدل على انه اذا نفر
النفر الاول يجب عليه دم لانه ترك رمي يوم وليس كذلك فانه مخير بين الاقامة والنفر وذلك لانه نطق
كيف يجب عليه دم اجيب بان التخيير قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع فاما اذا طلع فقد وجب عليه الاقامة
والرمي فلو تركه وجب عليه الدم فكان كالتطوع يجب لكنه بالشروع يجب بنذره **وقوله** ومن ترك رمي
احدى الجمار متناسقا على ان ما كان نسك يوم فتركه يجب الصدقة فحتى هذا اذا ترك جمرة العقبة يوم النحر يلزمه
دم فان تركها في بقية الايام يلزمه صدقة وهذا اذا لم يقضه في ايام النحر فاما اذا قضاه فيها تسقط الدم عند
ولم يسقط عند ابي حنيفة **وقوله** نكان المتروك اقل اذا ترك رمي احدى الجمار بلا المتروك اكثر من النصف
ان يترك احدى عشر حصاة وهي عشر حصيات فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر والاكثر يقوم مقام الكل
وقوله لانه وظيفة هذا اليوم رميا على التمييز لان فيه وظايف اخر كالذبح والحلق والطواف فلو اقتصر
على قوله لانه وظيفة هذا اليوم لكان يصيب رميا على التمييز لان فيه وظائف اخر كالذبح والحلق والطواف فلو
اقتصر على قوله لانه وظيفة هذا اليوم لم يكن على ما ينبغي **وقوله** وكذا ان ترك الاكثر منها اي من جمرة العقبة **وقوله**
الا ان يبلغ دما اسثنا من قوله تصدق لكل حصاة نصف صاع يعني اذا بلغ قيمة ما تصدق لكل حصاة
قيمة الدم حينئذ ينقص من الدم ما شاء حتى لا يلزم التسوية بين الاقل والاكثر **وقوله** لان المتروك هو الاقل
دليل قوله تصدق **قال** ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة على ما تقدم ان ابا حنيفة يوجب الدم للتاخير
خلافا لهما **وقوله** وكذا الخلاف في تاخير الرمي اي في تاخير رمي جمرة العقبة عن يوم النحر وتاخير رمي الجمار من اليوم

وقوله فالجواب ان محل الفعل هو الراس اول
فيه بحث فان محل الفعل الذبح هو البدن
لكن يجوز خارج الحرم كما سياتي ان الذبح
وتحقيق الجواب ان هذا الحكم منعت الوقت
في حق التعيين لكونه مؤنة الجواب. سعود افندي

لان تاخير النسك لا يتحقق في حق من لم يكن
الذبح غير واجب عليه فيحتمل ان يكون اذ للعلم
قوله فكان ذلك كما تكرر اول فوجب ان الالتزام
سوى ذكر اولا او لم يكن يقيد هذا ان
لعمومه جميع ما ذكر الا ارادة التفصيل والتوضيح. سعود افندي

حتى لو اتى قبل الميقات فكذلك لان التحلل عنه يتوقت بالزمان دون المكان فلو اخر عن ايام النحر لزمه الدم ولو خرج من الحرم ثم رجع لا يلزمه شيء **وقوله** وهذا الخلاف اي ما ذكرنا من اختلاف علمائنا في التوقيت انما هو في حق التضمين بالدم واما في حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق **وقوله** لان اصل العمرة لا يتوقت به اي بالزمان فان ركنها الطواف وهو غير موقت بزمان وفيه نظر لانها في ايام النحر مكروهة فكانت موقتة والجواب ان كراهتها ما فيها ليست من حيث انها موقتة بغيرها بل باعتبار انه مشغول بافعال الحج فيها فلو اتى فيها لربما اخل بشيء من افعاله فكرهت لذلك **وقوله** بخلاف المكان لانه موقت به متصل بقوله غير موقت بالزمان واليه ذهب صاحب النهاية وكذلك معناه لانه موقت به عند ابي حنيفة ومحمد على ما تقدم من الاصح ويجوز ان يكون متصلا بقوله لان اصل العمرة لا يتوقت به اي بالزمان بخلاف المكان لانه اي اصل العمرة موقت به بلا خلاف حاجة الى تاويل وان لم نقض المعتمر الذي يخرج من الحرم ثم رجع الى الحرم وقصر فيه فلا شيء عليه في قولهم جميعا لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه ولو فعل الحاج ذلك لم يسقط عنه دم التاخير عند ابي حنيفة **وقوله** فان حلق القارن قبل ان يذبح يعني اذا قدم القارن الحلق على الذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة دم للقران ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو دم القران فلا يجب بسبب التاخير شيء على ما قلنا ان التاخير عنده يوجب الدم خلافا لهما هذا تقرير المسئلة على ما عليه اصل رواية الجامع الصغير فان محمدا قال فيه في قارن حلق قبل ان يذبح يعني اذا قدم القارن الحلق على الذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة دم للقران ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم وهو دم القران ولا يجب بسبب التاخير شيء على ما عرفنا ان التاخير عنده يوجب الدم خلافا لهما هذا تقرير المسئلة على ما عليه اصل رواية الجامع الصغير فان محمدا قال فيه في قارن حلق قبل ان يذبح قال عليه دمان دم للقران ودم لاحلق قبل ان يبلغ الهدي محله دمان دم للقران ودم للحلق قبل ان يذبح يعني على قول ابي حنيفة وعلى هذا فما ذكره المصنف غير مطابق له لانه قال دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وهذا كما ترى يشير الى ان الدمين دما جناية ولم يذكر دم القران وقال وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول يعني الذي يجب بالحلق في غير اوانه لا يذكر الاول سواء ولم يذكر ايضا دم القران ومع عدم مطابقته فهو مناقض لقوله قبل هذا وقال لا شيء عليه في الوجهين جميعا الى ان قال والحلق قبل الذبح وعلى هذا كان الحق ان يقول فعليه دمان عند ابي حنيفة دم للقران ودم بتاخير الذبح فكان سهوا وقع منه او من الكاتب ولا عيب في السهو على الانسان فانه قيل قد وقع في عبارة بعض المشايخ دم القران واجب اجماعا ودم آخر بسبب الجناية على الاحرام لان الحلق لا يحل الا بعد الذبح فوجب ايضا اجماعا ودم آخر عند ابي حنيفة بسبب تاخير الذبح عن الحلق فيجوز ان يكون المصنف قد اختار ذلك ولم يذكر دم القران من الجنايات دائما ذكر الاخير واشار اليه بقوله وهو الاول وذكر المختلف فيه قلت يا باه قوله فيما تقدم وقالا لا شيء عليه في الوجهين فانه تصريح بانهما لا يقولان في هذه الصورة بوجوب شيء يتعلق بالكفارة فكان اعلى انه مخالف لما هو الاصل في وضع هذه المسئلة وهو الجامع الصغير لمحمد فان قيل فعلى ما ذكره محمد يجب عليه ثلاثة دماء لان جناية القارن مضمونة بالدمين وهو اعتراض الامام المحبوبي قلنا انما يجب على المفرد فيه دم فعلى القارن دمان فلو قدم الحلق على الذبح لم يجب عليه شيء فلا يتضاعف على القارن لما كان المحل يتعلق بالاحرام في الصيد نوعا آخر فصله عن الحلق والصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش باصل الخلقة فقوله الحيوان بمنزلة الجنس **وقوله** الممتنع وهو الذي يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه اما بقوائمه او بجناحيه يخرج الحيوانات الاهلية كالبقر والغنم ونحوهما والدجاج والبط **وقوله** المتوحش باصل الخلقة ليدخل فيه الحمام المسرول والظبي المستانس ويخرج الابل المتوحشة لانه يخرج بما ذكرنا في الاول والتوحش

فصل

في الثاني

في الثاني عارض لا معتبر به وهو على نوعين بري وهو ما يكون توالده ومثواه في البر وبحري وهو ما يكون توالده ومثواه في الماء والاعتبار للتوالد لانه الاصل فالبط والاوز بري لان توالدهما في البر والضفدع بحري لان توالده في البحر وصيد البحر حلال للمحرم سواء كان ماكولا او لم يكن وصيد البر محرم عليه لقوله تعالى احل لكم صيد البحر الآية واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم اي بين عدم دخولها في الآية الخمس الفواسق لان حقيقة الاستثناء لا يتصور لكنه لما كان عندنا بيانا انه لم يدخل استعاره له الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب على ما ذكر في الكتاب وهي ستة وسيأتي العذر عن ذلك وسميت فواسق استعارة لخبثهن وقيل لخروجهن من الحرمة لابتدائهن بالاذى ولما كان مبنى الجنايات الزيادة بعلى ما بين في الكتاب ولا زيادة في الصيد بين المملوك والمباح والماكول وغيره لتناول اسم الصيد ذلك كله **قال** واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلما ذكر في الكتاب وهو واضح واما الدلالة فعلى القسمة العقلية اربعة اقسام اما ان يكون الدال والمدلول حلالين او محرمين او الدال حلالا والمدلول محرما او بالعكس من ذلك والاول لا شيء على واحد منهما فيه والثاني على كل واحد منهما فيه جزاء كامل عندنا وفي الثالث على المدلول الجزاء دون الدال كذلك وفي الرابع عكسه وقال الشافعي لا شيء على الدال المحرم لان الجزاء تعلق بالقتل بالنص والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال الحلال **وقوله** حلالا ليس بقيد فان المدلول اذا كان محرما فالحكم كذلك ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة هل دللتم عليه هل اشرتم اليه على ما تقدم في باب الاحرام فانه يدل على ان الدلالة من محظورات الاحرام فان قيل هو خبر واحد لا يقاوم النص لان في النص ذكر القتل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يرد علينا ذلك فيثبت الحكم به وقال عطاء هو ابن ابي رباح تلميذ ابن عباس اجمع الناس على ان على الدال الجزاء قال الطحاوي فلم يرو عن احد من الصحابة خلاف ذلك فصار ذلك اجماعا ورد بانه روي عن ابن عمر ليس على الدال الجزاء واجيب بانه ليس بثابت ولئن كان يحمل علينا اذا دل وعلم بقتله المدلول فان الاجماع فيما اذا قتله وكان كلامه غير متعرض لمحل الاجماع ولان الدلالة من محظورات الاحرام والاقدام عليها يوجب الجزاء الاحالة ولانه اي الدلالة وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو تفويت الامن من الصيد اي الدلالة تفويت الامن من الصيد لانه آمن لتوحشه عن الناس وتواريه عن اعينهم وبالدلالة تزول ذلك فصارت كالاتلاف **وقوله** ولان المحرم دليل آخر يتضمن الجواب عن قول الخصم فاشبه دلالة الحلال الحلال ووجهه ان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض لانه عقد خاص يتضمن ذلك شرعا والدلالة مباشرة بخلاف الحلال فانه لم يلتزم شيئا على ان فيه اي فيما اذا دل الحلال على صيد الحرم الجزاء على ما روي عن ابي يوسف وزفر ثم الدلالة الموجبة للجزاء ان يكون المدلول غير عالم بمكان الصيد لانه اذا علمه لم يكن زوال الامن بدلالته فلا يكون في معنى الاتلاف وان يصدقه في الدلالة ليكون في معنى الاتلاف اما اذا كذبه وصدق غيره فلا ضمان على المكذب وفيه اشارة الى ان الضمان على ذلك الغير ان كان محرما وهنا شرطان آخران لم يذكرهما احدهما ان يتصل القتل بهذه الدلالة لان مجرد الدلالة لا يوجب شيئا والثاني ان يبقى الدال محرما عند اخذ المدلول لان فعله انما يتم جناية اذا بقي محرما الى وقت القتل والثالث ان يأخذه المدلول قبل ان ينفلت فلو صدقه ولم يقتله حتى انفلت ثم اخذه بعد ذلك فقتله لم يكن على الدال شيء لان ذلك بمنزلة جرح اندمل فلو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا انه لا التزام من جهته فان قيل بل التزام بعقد الاسلام انه لا يتعرض لصيد الحرم اجيب بان عقد الاسلام ليس بكاف في ذلك بل لا بد من عقد خاص كما في عقد الوديعة الا ترى ان المسلم التزم بعقد الاسلام انه لا يتعرض لاموال الناس ثم لو دل سارقا على مال انسان فاخذه لا ضمان على الدال والعامد والناسي في وجوب الجزاء سواء كالقاتل او والدال لانه ضمان يعتمد وجوبه

بكامه

الاتلاف لقوله تعالى ومن قتله منكم وكل ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فالعامد فيه كالناسي كما في غرامات
الاموال فان قيل ليس هذا كغرامات الاموال الا ترى ان رجلين ان اشتركا في اتلاف شاة الغير كان على كل منهما
نصف القيمة وان اشتركا في قتل صيد كان على كل منهما جزاء كامل فالجواب ان مناط الالحاق مدارية الاتلاف
للضمان وقد وجدت والاتحاد في جميع الجهات يرفع التعدد ويبطل القياس فان قيل هذا تعليل على مخالفة النص
القاطع لقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا شرط التعمد وهو بخلاف النسيان فالجواب ان التخصيص بالذكر لا يدل
على نفي الحكم عما عداه فجاز ان يثبت حكم النسيان بدليل آخر نحو قوله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه
شاة من غير فصل بين عمد ونسيان وهو مذهب عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابي وقاص فان
قيل فما فائدة قوله متعمدا اجيب بانها التنبيه لان الآية دلت على ان صفة التعمد في القتل تمنع وجوب
الكفارة فاعلم الله تعالى ههنا بانها اذا وجبت في العمد فلان تجب في الخطا اولى والمبتدي والعائد يستويان في وجوب
الكفارة سواء لان العلة الموجبة كما وجدت ابتداء فقد وجدت في المرة الثانية فلو تخلف الحكم عنه بطلت
فان قيل قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه جعل جزاءه بالعائد انتقام الله فلا يكون له موجب سواه كما
عرف فالجواب ان هذا متمسك ابن عباس وداود الظاهري في ان موجب العائد ان ينتقم الله اذهب فينتقم
الله منك وكنا نقول ان ذلك اذا عاد مستحلا او مستخفا به كما في قوله تعالى في باب الربا ومن عاد فاولئك
اصحاب النار الآية واما اذا لم يكن كذلك فعليه الجزاء بدلالة النص **وقوله** لكن تعتبر عند ابي حنيفة وابي يوسف
او يقوم الصيد يعني تعتبر قيمته ذوي عدل من حيث انه صيد لا من حيث ما زاد عليه صنعة فان قتل الحمام
بازية سوق المعلم فعليه قيمته غير معلم وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا قتله لغيره فانه تجب قيمته معلما
فاجيب بان وجوب الجزاء باعتبار معنى الصيدية وهو التوحش والتنفر عن الناس وكونه معلما لا مدخل
له في ذلك بل ينتقص به ذلك فلا يدخل في الجزاء واما وجوب القيمة في الاتلاف فباعتبار المالية وهي
بالانتفاع وذلك يزداد بكونه معلما فيدخل في الضمان واما قيد بقوله صنعة لانه اذا كانت الزيادة بامر خلقي
كما اذا كان طير يصوت فازدادت قيمته لذلك ففي اعتبار ذلك في الجزاء روايتان في رواية لا يعتبر لانه ليس من
معنى الصيدية في شيء وفي اخرى تعتبر لانه وصف ثابت باصل الخلقة كالحمام اذا كان مطوقا **وقوله** ثم هو
يعني القاتل مخير في الفداء ظاهر وقال محمد والشافعي تجب في الصيد النظير فيما له نظير وفي المنظرية القيمة ففي
الظبي شاة ظاهر واستدلا على ذلك بقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ووجهه ان مثل المقتول من النعم
ما يشبه المقتول صورة لان من النعم بيان للمثل والقيمة لا تكون نعما وبان الصحابة وهم عمر وعلي وعبد الله
بن مسعود اوجبوا النظير على ما سنا يعني قوله في الظبي شاة وفي اليربوع جفرة وهي التي تبلغ اربعة اشهر الى
آخره وما ليس له نظير من حيث الخلقة مثل العصفور والحمام وما اشبههما تجب فيه القيمة عند محمد وكان
قوله كقول ابي حنيفة وابي يوسف والشافعي يعتبر المماثلة من حيث الصفات فاوجب في الحمام شاة لمشابهة
بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر والعب من باب طلب ان يشرب الماء مرة من غير ان يقطع
كالدابة ابو عمرو والحمام يشرب هكذا بخلاف سائر الطيور فانها تشرب شيئا فشيئا ويقال هدر البعير والحمام اذا صوت
من باب ضرب ولابي حنيفة وابي يوسف ان الله تعالى ذكر المثل مطلقا والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن
الحمل عليه لخروج ما ليس له مثل صوري عن تناول النص وفي ذلك اهمال النص فحمل على المثل معنى لكونه
معهودا في الشرع كما في حقوق العباد ولكون المثل المعنوي مرادا بالاجماع فيما لا مثل له صورة فلا يكون غيره مرادا
لانه لا عموم للمشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز وكلاهما غير جائز هذا ما قالوا واعترض بان المثل اسم مشترك
بين المثل صورة وبينه معنى بل هو حقيقة في احدهما مجاز في الاخر حتى يلزم ما ذكرتم بل هو مطلق يتناولهما
كالرقبة تتناول المؤمنة والكافرة فيحمل على المثل المطلق والمعنوي كما في قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا

عليه

ولان غرامة الاموال للمالية وهي واحدة في (صح)
الصيد للجناية على الاحرام وهو متعدد

واليربوع اسم حيوان من الحشرات فوق الجرد
والذكر والانثى فيه سواء والجفرة الانثى من
اولاد المعز اذا بلغت اربعة اشهر
غاية البيان

قوله ولا يمكن الحمل لخروج ما ليس له مثل صوري
اقول قيل لا يخفى ان تناول النص حينئذ يخرج من
الصيود لا ينفي المماثلة بين الجزاء وصيده
وحينئذ
سعدي افندي

عليه بمثل ما اعتدى عليكم وخص الله المثل صورة ومعنى كما في المثليات وما ليس له مثل الا معنى كالقيميات
والحق ان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات بل يدل على الماهية فقط وذلك
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
هذا الشرح [illegible] **وقوله** لما فيه من التعميم [illegible]
[illegible]
[illegible] **وقوله** والمراد بالنص [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] **وقوله** والمراد بما روي [illegible]
جاز عن قوله قال صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه الشاة وغيره من الصحابة يعني ان ايجاب النبي صلى
الله عليه وسلم والصحابة هذه النظائر لم يكن باعتبار اعيانها اذ لا مماثلة بين الضبع والشاة خلقة
وانما كان باعتبار التقدير بالقيمة الا انهم كانوا ارباب المواشي وكان ذلك اعلم منها الكسر وهو تطير
قوله على تعرف لسلوك العقود ويفك الغلام بالغلام والجارية والمراد بالقيمة **قال** ثم الخيار الى القاتل يعني اذا
ظهر قيمة الصيد بحكم الحكمين وهي تبلغ هديا فالخيار في ان يجعله هديا او طعاما او صوما الى القاتل
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي الخيار الى الحكمين في تعيين احد الاشياء فان حكما بالهدي
يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او الصيام فعلى ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف يعني من
اعتبار القيمة من حيث المعنى لهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار
اليه ليتحقق معنى الرفق كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الآية
ووجه ذلك انه ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لما يحكم به فان الضمير في به مبهم فيفسره بقوله هديا وكان نصبا
على التفسير اي التمييز فثبت ان المثل انما يصير هديا باختيارهما وحكمهما او مفعولا للحاكم على ان يكون
بدلا عن الضمير محلا على محله كما في قوله تعالى قل انني هداني ربي الى صراط مستقيم دينا قيما وفي ذلك
نص على ان التعيين الى الحكمين ثم لما ثبت ذلك في الهدي ثبت في الطعام والصيام لعدم القائل بالفصل
ولانه عطفهما عليه بكلمة او وهي للتخيير فيكون الخيار اليهما وفي توجيه هذا الكلام اشكال لان ذكر الطعام
والصيام بكلمة او لا يفيد المطلوب الا اذا كان كفارة منصوبا على ما هو قراءة عيسى بن عمر النحوي وهي
شاذة والشافعي لا يرى الاستدلال بالقراءة الشاذة لا من حيث انه كتاب ولا من حيث انه خبر كما عرف في
الاصول **وقوله** قلنا جواب عن استدلالهما وتقريره ان الدليل انما يتم اذا لو كان كفارة معطوفة على
هديا وليس كذلك لاختلاف اعرابهما وانما هي معطوفة على قوله فجزاء والدليل انه مرفوع وكذلك قوله تعالى او
عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن في الآية دلالة اختيار الحكمين في الطعام والصيام واذا لم يثبت الخيار فيهما
للحكمين لم يثبت في الهدي لعدم القائل بالفصل وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف لا غير ثم الاختيار بعد ذلك الى من

اقول
قوله وخص الله المثل صورة ومعنى كما في المثليات الى
المثلان هما موجودان المشتركان في جميع الصفات
النفسية وهي التي لا احتياج في وصف الشيء بها
الى تعقل امر زائد عليه وتقابلها الصفات المعنوية
سعدي افندي

بينه بحث لانه اذا ... لعدم ثبوت الخبر ... لوكان ... لازمة ...
وان ... فالمقدم ... اللازمة والمقدم ...
... والتي ... لمن ...

عليه في قتاله ويقومان اي الحكمان في المكان الذي اصابه المحرم قال شيخ الاسلام وكذا يعتبر الزمان الذي
اصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن والازمان **وقوله** فاذا كان الموضع برا ظاهر **وقوله** وقيل يعتبر
المثل حيث له مثل في جزاء الصيد بالنص وهو قوله تعالى يحكم به ذوا عدل قال الكشاف عن قبيصة انه اصاب
ظبيا وهو محرم فسال عمر فشاور عبد الرحمن بن عوف ثم امره بذبح شاة فقال قبيصة لصاحبه والله ما علم امير
المؤمنين حتى سال غيره فاقبل عليه ضربا وقال اتغمص الفتيا وتقتل الصيد وانت محرم قال الله تعالى يحكم به ذوا
عدل منكم فانا عمر وهذا عبد الرحمن **وقوله** يجوز الاطعام في غيرها سواء كان طعام الاباحة
او التمليك **وقوله** والصوم يجوز في غير مكة يعني بالاجماع **وقوله** اذا تصدق باللحم وكفيه وفاء بقيمة الطعام
بان يصيب كل مسكين من اللحم ما يبلغ قيمته نصف صاع من بر قياسا على كفارة اليمين وكان من شرط
تصدقه التفريق بخلاف ما اذا ذبح بمكة فانه اذا تصدق به بعد الذبح على فقير واحد جاز لا تجوزه
من حيث الهدي لا من حيث الصدقة **وقوله** لان الاراقة لا تنوب عنه اي لان الاراقة الحاصلة
بمكان غير الحرم لا تنوب عن الهدي حتى لو سرق المذبوح او ضاع قبل التصدق به يبقى الواجب عليه كما
كان بخلاف المذبوح بمكة حيث يخرج عن العهدة وان سرق او ضاع قبل التصدق به **قال** واذا وقع الاختيار
على الهدي اي اذا اختار القاتل الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية وهو الجذع الكبير من الضان او الثني
من غيره عند ابي حنيفة لان مطلق اسم الهدي ينصرف اليه كما في هدي المتعة والقران فانه ينصرف
الى ما يجزي في الاضحية واعترض عليه بان اسم الهدي قد ينصرف الى غيره كما اذا قال ان فعلت كذا فثوبي
هذا هدي فليكن في محل النزاع كذلك واجيب بان الكلام في مطلق الهدي وما ذكرت ليس كذلك لان
الاشارة الى الثوب قيدته بذلك وقال محمد والشافعي يجزي صغار النعم قال في النهاية وذكر في المبسوط
والاسرار وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان قولا ابي يوسف مثل قول محمد لان الصحابة
اوجبوا عناقا وجفرة فدل على جواز ذلك في باب الهدي وعند ابي حنيفة وابي يوسف يجوز الصغار
على وجه الاطعام يعني ان يكون ايجاب الصحابة على ذلك الوجه واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف
بالطعام عندنا وقال الشافعي وقيل هو قول محمد يقوم المثل بالطعام واما عندنا فالمتلف هو
المضمون فيعتبر قيمته **وقوله** واذا اشترى بالقيمة طعاما اشارة الى انه يجوز ان لا يقوم المتلف بالقيمة ثم
يشتري بالقيمة طعاما **وقوله** ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع يعني نصف صاع من بر كما في صدقة
الفطر وكفارة اليمين والظهار **وقوله** وان اختار الصيام ظاهر **وقوله** وكذا ان كان الواجب دون طعام مسكين
بان قتل يربوعا او عصفورا ولم تبلغ قيمته الا مدا من الحنطة يطعم ذلك المقدار او يصوم يوما كاملا
لما قلنا ان الصوم اقل من يوم غير مشروع **وقوله** ولو جرح صيدا ظاهر **وقوله** ملط بقيد اشارة الى انها
اذا كانت مذرة فلا شيء عليه لانه لم يتلف صيدا ولا ما هو بعرضية ان يصير صيدا **وقوله** فان خرج من
البيض فرخ ميت فعليه قيمته لان البيض معد لان يخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل اوانه سبب
لموته فيحال بالموت عليه **وقوله** فكان عليه اي بالموت على الكسر
...

قوله النقص اولى بالصاد المهملة اي الحقوها ونقص بها ... يا لدرع

ضمان البيض **وقوله** وعلى هذا اي على القياس وفي الاستحسان اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت
فعليه قيمتها فان قيل قد تقدم ان ضمان الصيد اشبه بغرامات الاموال ومن ضرب بطن جارية فالقت
جنينا ميتا وماتت كان عليه قيمة الجارية دون الجنين فكيف وجب ههنا قيمة الجنين اجيب بان
الجنين في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه والضمان الاحتياطي العبادة مبني على الاحتياط
فلا يجب في موضع الشك فاما جزاء الصيد فمبني على الاحتياط فرجح فيه شبه النفسية في الجنين
الخمس في قتل الفواسق الخمسة لان النبي صلى الله عليه وسلم استثنى عن قوله صلى الله عليه وسلم
خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداة والحية والعقرب والفارة والكلب العقور وذكر الذئب
في بعض الروايات فقيل فيما اذا ذكر الكلب العقور بغير الذئب او يقال ان الذئب في معنى الكلب العقور
وذكر المصنف في اول هذا الفصل ليشتمل على الرواية او الدلالة **وقوله** والمراد بالغراب الذي
ياكل الجيف ويخلط اي النجاسات مع غيرها اي ياكل الحب تارة والنجاسة اخرى وفيه تكرار لانه ذكر في اول
الفصل مع زيادة معنى وهو كونه مرويا عن ابي يوسف وكان مستغنى عن ذكره **وقوله** الذي ياكل
الجيف احتراز عن العقعق لانه موضع ضمير الفصل واحترز به عن الغراب الذي ياكل الزرع فانه يجب الضمان
بقتله **وقوله** لانه يبتدي بالاذى قيل لانه يقع على دبر الدابة وقيل تعليل هذا يكون في قول العقعق
ولا يبتدي نظرا لانه يقع على دبر الدابة ويحك بحيث ان الكلب العقور وغير العقور والمستانس
والمتوحش منها اي من الكلب العقور وغير العقور سواء اما العقور فظاهر لانه ورد فيه الحديث واما
غيره فانما لم يجب فيه الجزاء لانه ليس بصيد لعدم توحشه خلقة **وقوله** لان المعتبر هو الجنس يعني الحية
التي سمي كلبا لا فرد دون فرد وهذا لا تعتد الحية ليس بصيد وفيه نظر لانه يفضي الى ابطال الوصف
المنصوص عليه وهو كونه عقورا في الحديث لانه ليس لاحد ان يخرج اذاية فان ذلك طبع فيه **وقوله** لانها
ليست بصيود يعني انها ليست متوحشة عن الادمي بل هي طالبة له وليست متولدة من البدن حتى
حتى يكون من باب قضاء التفث كالقملة ثم هي مؤذية بطبعها فلا يجب بقتلها **وقوله** ولكن لا يجب الجزاء
للعلة الاولى يعني قوله لانها ليست بصيود وليست متولدة من البدن سماها علة وان كان في معنى
علتين لانه ذكر في موضع السلب في موضع السلب يكون العلل الكثيرة بمعنى علة واحدة في ان الحكم ينتفي
بالجميع كما انه ينتفي بانتفاء الواحدة **وقوله** ومن قتل قملة تصدق بما شاء وقد اوضحه في الكتاب
وليس الجزاء منحصرا في القتل بل الالقاء في الارض كالقتل سواء اخذها من راسه او من موضع اخر وقيل
في القملتين والثلاث كف من طعام وفي الزيادة على ذلك نصف صاع من حنطة **وقوله** شيئا
يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن شيئا قال في الجامع الصغير كالشرح وقال عمر تمرة خير من جرادة فيسبح
ان اهل حمص اصابوا جرادا كثيرا في احرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم فقال عمر ارى دراهمكم
كثيرة يا اهل حمص تمرة خير من جرادة **قال** وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء
لانها ليست بصيود وليست متولدة من البدن ثم هي مؤذية بطبعها **وقوله** كالسباع اي سباع البهائم ونحوها اي سباع الطير
وقوله وكذا اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة لقوله صلى الله عليه وسلم واستثنى الكلب العقور
وليس المراد به الكلب العرفي فان الله تعالى اطلق الكلب على الاسد فقيل فيتناول الاسد والفهد
والنمر ونحوها فكان كذلك الكلب فان لم يتناولها فالنص وقع الصيغة
لم يتناول الا ما كان مما يؤكل لحمه ولكنا ان السبع صيد لتوحشه وتنفره عن الناس وكونه مقصودا بالاخذ
اما لجلده او ليصطاد به او لدفع اذاه وكل ما هو صيد يتناوله قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم
على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد وكذلك الالحاق بها دلالة لان الفواسق مما تعدو علينا وكل

ولم يقع في ... بقتلها في الحل والحرم ... الفواسق

مواثبينا بالقرب منا والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون في معنى الفواسق الملحق بها واسم الكلب وان تناوله
لغة لم يتناوله عرفا والعرف اقوى اى اقوى وارجح في هذا الموضع لانه لما لم يتناوله عرفا لا يجب احتياطا لعلو الاحتياط
في ايجاب الجزاء **وقوله** ولا يجاوز بقيمته شاة الباء للتعدية وشاة مرفوع لكونه مسندا اليه ومعناه لا يتجاوز
بقيمة الذي لا يوكل لحمه من الصيود قيمة شاة وهو ظاهر الرواية وروى الكرخي انه ينقص من الدم وقال
زفر يجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم وبالجامع الضمان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
الضبع صيد وفيه الشاة كلما ورد الشرع بتقدير لا يزاد عليه برأي ولان المقادير لا تعرف قياسا
ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده اذ اللحم غير ماكول لا لمحاربته كما في بعض السباع العلية لقتال
الهند المحاربة بحيث يكسر العسكر وهو معنى مطلوب للملوك والسلاطين لكنه خارج عن الصيدية
فلا يعتبر ولا لاجل معنى الايذاء فيه لانه لا ايذاء معنى لا يتقوم له شرعا فبقي اعتبار الجلد ومن هذا الوجه
لا يزاد على قيمة الشاة ظاهر **وقوله** واذا صال السبع على المحرم اى وثب فقتله لا شيء عليه قال
زفر يجب اعتبارا بالجمل اذا صال على انسان فانه يجب قيمته اذا قتله دفعا عن نفسه ولنا ما روي
عن عمر انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه [illegible] على ان الدفع لا يجب عليه
شيء واللام في للتعليل فائدة واعترض بان التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يصح [illegible]
واجيب بان ذلك في خطابات الشرع لا في حل الاستدلال فلا يفيد والجواب ان [illegible]
وقوله رواية فيفيد **وقوله** لان المحرم ممنوع عن التعرض اشد الابداء لحديث الفواسق ووجهه
انه قتلها ابتداء دفعا للاذى فلان يتوهم فلا يباح قتل السبع دفعا للاذى الحقيقي وان كان مماذونا بقتله من
الشرع ومع وجود الاذى منه لا يجب الجزاء لسقوطه باذنه فان قتل الاذن من الشرع لا يسقط
الجزاء فان المحرم اذا حلق راسه او تطيب بعذر وهو ماذون من الشرع ولم يسقط الجزاء
ما ذكره بعضهم بقوله لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه وهو قوله تعالى فمن كان منكم
مريضا او به اذى من راسه الاية فكان فائدة الاذن رفع الحرمة لا غير وتحقيقه ان نفي الجزاء ثم اذن
صاحب الحق ثابت بالنص فلا يقاس عليه غيره لا يقال يلحق بطريق الدلالة لان الضرورة في الصول ليست
كالضرورة في حلق الراس لان الاولى نادرة والثانية كثيرة فضاد الجمل الصائل لانه اذن من صاحب الحق
وهو العبد ونوقض بالعبد اما اذا شهر السيف على رجل فقتله المصول عليه لا يضمن والاذن لم يوجد من
مالكه واجيب بان العبد مضمون في الاصل بانه ادمي حقا للعبد لا حقا للمولى لكونه مكلفا محترما وعرضا اذا
جاء المبيح من قبله صار الى ربه اسقط حقه كما اذا ارتد سقوطها بنيته التي هي ملك المولى انما كان في ضمن
سقوط الاصل وهو نفسه فلا يعتبر به كما اذا ارتد **وقوله** وان اضطر المحرم ظاهر معناه مما ذكرناه انفا وقوله
والمراد بالبط الذي المذكور في القدوري البط الذي يكون في المساكن وهو الذي يكون طرائه كالدجاج
في الطويل تحته المحرم من يحرك المشتري قال الفتح حمام في رجليه ريش كانه سراويل من سراويل اذا السعة
السراويل **وقوله** ونحن نقول الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وكل ما هو كذلك
فهو صيد والاستيناس عارض بحوات لمالكه ومنع ولا اعتبار للعارض الاصلي دون العارض وعد
بان الحمام لا يحل بذكوة الاضطرار حتى لو رمى سهما الى برج الحمام فاصاب حماما مترولا ومات قبل ان
يذكيه فانه لم يحل ولو كان صيدا لحل واجيب بان ممكن صحة ذكوة الاضطرار هو العجز دون الصيدية
الا ترى ان البعير اذا ند حل بذبح الاضطرار وليس بصيد لوجود العجز عن ذكوة الاختيار والعجز في الحمام غير
موجود لانه ياوي في الليل الى برجه **وقوله** وكذا اذا قتل ظبيا مستانسا ظاهر **قال** واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته
ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي في اصح قوليه اذا ذبحه المحرم لغيره حل لانه عامل له حيث ذبحه له وكل

حق

ولو اثن فعل الشخص اشتغل النية ذلك الفعل كما في عامة النيابات حصار كانه هو الذي ذبحه ولو ذبحه ذلك الغير
لنفسه جاز ان ياكله فكذا اذا ذبحه له المحرم فان قلت عبارة المصنف وتعليله يدل على ان المذبوح يحل لغيره
ولغيره وذلك لان التعليل انما يستقيم اذا كان قوله لغيره متعلقا بنحو لانه حينئذ يكون عاملا له واذا كان
متعلقا به نفى تحله على اطلاقه وذبيحة المحرم سواء كانت لنفسه اوللغير حلال عليه عنده ايضا لولا ذلك
اي ان يكون قوله لغيره يخدم التعليل جميعا وتعذر تحله لغيره ما ذبحه المحرم لغيره وتخرج لنفسه من دلالة
لان المعتبر في الروايات معتمدا بالاتفاق فان قلت تعليله هذا لا يخلو اما ان يكون صحيحا او لا فان
كان الثاني لم يتم الدعوى وان كان الاول لزم ان يحل له لان الفعل قد انتقل اليه ولو ذبح حلال صيدا
حل اكله للمحرم اذا لم يدل عليه فلم ينتقل اليه قلت التعليل صحيح ولكن لا يحل له لان الدلالة اذا كانت محرمة
فالمباشرة لا سيما عدم الدلالة وان انتقل الفعل الى غيره حكما ولنا ان الزكوة فعل مشروع بالاتفاق وفعل
المحرم ليس بفعل مشروع بالنص قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم فكان ذلك دون الذبح فلذلك اشارة الى
انه لا يوجب الحل ونهاهم عنه وهو يدل على التحريم لغيره لكونه بمعنى النفي ونوقض بذبح شاة الغير بغير اذنه
فانه حرام لا محالة فكان الواجب ان لا يقع ذكاة فلا يحل اكله وليس كذلك واجاب ان المصنف اشار الى
الجواب عن هذا بقوله وهذا لان المشروع اي من الذبح هو الذي قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا
وبيانه ان الدم محرم الحيوان فلا بد من تمييزه عن اللحم ليصير للاكل وذلك امر متعسر خفي ولا يستقيم الا
وهو قطع العروق في الذبح فاقيم الذبح مقام الميز بين الدم واللحم والذبح الذي قام مقامه مقدوم هاهنا
لان المعتمد لذلك هو الشرع ولم يعتبر هاهنا حيث اخرج الصيد عن المحلية بالنص بقوله تعالى وحرم عليكم
صيد البر ما دمتم حرما كما في حرمت عليكم امهاتكم فاخرجهن عن محلية النكاح بخلاف ذبح شاة الغير
بغير امره فان الشرع لم يخرجها عن المحلية فكان منهيا والنهي يدل على المشروعية كما عرف في الاصول
وقوله فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمته عند ابي حنيفة قال الامام التمرتاشي هذا اذا اكل
بعدما ادى الجزاء واما اذا اكل قبل ذلك تعدد خلافه مما اكل في الجزاء **وقوله** وقالا ظاهر **وقوله** لصارت
حرمة التناول لنعدد الوسائط تريد ان حرمة التناول باعتبار كونه ميتة وكونه ميتة باعتبار خروج
الصيد عن المحلية وخروج الذابح عن الاهلية وذلك باعتبار احرامه فكانت الحرمة مضافة الى
الاحرام بهذه الوسائط فكان مشارك المحظور لاحرامه فيجب عليه الجزاء فظهر من هذا الجواب عما اذا ذبح
الحلال صيدا في الحرم فاكل منه فانه لا يلزمه شيء لان لم يتناول المحظور احرامه واعلم انه يجب
عليه جزاء المحل وهو لا يتكرر فان اشكل بالمحرم كسر بيض صيد فاداه ثم شواه فاكله يتناول
محظور احرامه ولم يلزمه شيء اجيب بان وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته بل باعتبار انه اصل الصيد
كما ذكرنا وبعد الكسر لم يبق هذا المعنى **وقوله** فيما اصطاده الحلال المحرم يعني ان لا يكون الاصطياد
له ولا امره بذلك ولم يدل **وقوله** ولا باس ان ياكل المحرم لحم الصيد في حق المحرم لما روي عن طلحة انه قال تذاكرنا
لحم الصيد في حق المحرم فارتفعت اصواتنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم في حجرته وقال فيم انتم فذكرنا
ذلك له فقال لا باس به **وقوله** واللام فيما روي يعني ما لكم من [illegible] قوله او يصاد لكم لام التمليك يحمل على
ان معناه او يصاد لكم دون الحم وهذا لان على ما ذكرنا يحقق فيما اهدي الصيد الى المحرم لانه اهدي
اليه اللحم لان اللحم يسمى صيدا حقيقة فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على المحرم وبه نقول لانه
ثبت ان الصعب بن جثامة الليثي اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالابواء فرده عليه
فلما راى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم او يكون معنى او يصاد له ان يصاد له بامره وكلام ان
هذا الحديث روي بالرفع او يصاد وحينئذ لا تمسك له بهذه الرواية لانه يقتضي الحل اذا صاده غيره

لاجله لانه صار معطوفا على الغيبة لا الغاية ورواية كتب الحديث مثل سنن ابي داود والترمذي والنسائي
هكذا وانما يصح له التمسك به على ما روي او يصاد له معطوفا على الغاية وهي ضعيفة وقوله وقال مالك
وفيه اي في نسخ عدم الدلالة للاباحة الاكل وقد صار في رواية يحرم وهو اختيار الطحاوي وفي رواية
وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني قال وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال اي اذا قتل الحلال صيد الحرم وجب عليه
قيمته يتصدق بها على الفقراء لما ذكر في الكتاب وهو واضح فان قيل الصيد لما استحق الامن بسببين
استحقه بسبب الاحرام فان قتل المحرم صيد الحرم ينبغي ان يجب عليه كفارتان وليس كذلك قلت وجوب
الكفارتين وجه القياس صرح بذلك في الايضاح ووجه الاستحسان ما ذكر في شرح الطحاوي ان حرمة
الاحرام اقوى لان المحرم يحرم عليه الصيد في الحل والحرم جميعا فاستتبع الاقوى الاضعف وقوله ولا
يجزيه الصوم فرق بين قتل المحرم الصيد وقتل الحلال صيد الحرم في وجوب الصوم في الاول دون الثاني
وحاصله ان الواجب على المحرم جزاء فعله ولهذا تعدد اذا قتل المحرمان صيدا واحدا وعلى الحلال بدل
ما فات عن المحل من وصف الامن والصوم يجوز ان يقع جزاء الفعل لا بدل المحل الا ترى انه يضمن اذا احرم
كما اذا قتل صيدا مملوكا فالجواب ان ما قلنا من الاستتباع انما كان فيما يكون الحرمتان لواحد وهو الله تعالى
وما ذكر من الضمان ليس كذلك لانه مما يجب بدلا لا باعتبار الفعل [illegible] وجب ما للمحل للعبد ولا يمكن ان يقضيهما لله
ما للعبد لان افتقار العبد [illegible] بخلاف الاول وعورض بانه لو كان بدل المحل لوجب على الصبي والمجنون
والكافر اذا استهلكوا صيد الحرم وليس كذلك واجيب بانه وان كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء حتى
حلالا لو اصاب صيد الحرم فقتله في يده حلال اخر فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لما ان كل واحد منهما مباشر
من جهة [illegible] بالمحل المفوت للامن والثاني [illegible] فلزمهم على من ذكرتم نظرا الى الجزاء وهل يجزيه
الهدي فيه روايتان [illegible] ان الواجب لا يتادى باراقة الدم بل بالتصدق بالجزاء الا ان يكون قيمة الهدي
قيمة الصيد فان شرف المذبوح يبقى عليه [illegible] لان الهدي ما يتقرب به الى الله تعالى لان اراقة الدم طريق صالح لذلك
كالتصدق الا ترى ان المضحي يخرج عن [illegible] الاضحية باراقة دمها فكذلك بالهدي وقوله ومن دخل الحرم
بصيد [illegible] في النهاية وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعي فانه في الحرم لا يتوقف وجوب الارسال على دخول
الحرم فانه يجب عليه الارسال بمجرد الاحرام بالاتفاق قال الشافعي الصيد الذي في يده مملوكه وحق الشرع
لا يظهر في مملوك العبد لحاجته ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم [illegible] الملازم بتخليته
اذ صار يعني الصيد من صيد الحرم بالدخول فيه وصيد الحرم مستحق الامن بما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
في حديث طويل ولا ينفر صيدها وقوله فان باعه ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه تعرض بما فيه
من التعرض للصيد وقوله ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله يشير الى انه
لو كان في يده فعليه ان يرسله بالاتفاق ولهذا قال الشافعي في صورة النزاع عليه بقوله كما اذا كان في يده
وقوله ولنا ان الصحابة ظاهر وقوله وبذلك جرت العادة الفاشية فان الناس يحرمون ولهم بيوت وفيها حمام ولا
يجب عليهم ارسالها وقوله ولان الواجب ترك التعرض دليل اخر يتضمن الجواب عن دليل الشافعي وتوجيهه
ان الواجب ترك التعرض وهو حاصل اذا لم يكن بيده لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به والتعرض بالامساك
في الملك ليس شيئا خلا انه لو ارسله في المفازة فهو على ملكه فدل على انه لا معتبر بتبقية الملك وان الزم الحل ارساله
يرسل دليل اذا كان القفص في يده وجب عليه ارساله لانه متعرض له بمسكه لكن على وجه لا يضيع بان يخليه
في بيته لان اضاعة المال لا يجوز وقوله فان اصاب حلال صيدا ظاهر وقوله ملك الصيد لانه اخذ ملكا محترما
احترازا عن اخذ المحرم فانه لا يملك الصيد بالاخذ لان الملك لا يبطل بالاحرام وانما قلنا انه ملكه ملكا محترما بدليل ان الحلال
اذا اخذ الصيد ثم احرم ثم ارسله ثم حل فوجده في يد غيره كان له الاخذ منه بخلاف ما اذا اخذ الصيد وهو محرم

عاد الواجب كما كان والاخرى انه يتادى بها اذا كان قيمته قبل الذبح مثل قيمة الصيد فان سرق المذبوح [illegible]

ثم ارسله

ثم ارسله ثم حل فوجده في يد غيره كان له الاخذ منه بخلاف ما اذا اخذ الصيد وهو محرم ثم ارسله ثم حل من
احرامه فوجده في يد غيره لا سبيل له عليه واذا كان ملكا محترما وقد اتلفه المرسل وجب عليه ضمانه فان قيل
سلمنا انه ملكه ملكا محترما ولكن وجب اخراجه من الملك تركا للتعرض الواجب الترك اجاب بقوله والواجب
عليه ترك التعرض لا الاخراج عن ملكه ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه بالارسال كان متعديا
فيضمن ونظير هذا الاختلاف في كسر المعازف فانه لا يضمن قيمته عندهما لانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر
وعند ابي حنيفة يجب الضمان لغير اللهو وقوله وان اصاب محرم صيدا ظاهر وقوله فان قتله محرم اخر في
يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الاخذ متعرض للصيد الامن والتعرض له من محظورات الاحرام
الموجبة للجزاء والقاتل مقرر لذلك لانه كان بعد الاخذ متمكنا من الارسال وقد فات ذلك به وتقرير
التعرض والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا فانهم يضمنونه بما
قرروا عليه دينهم ما كان على شرف السقوط بتمكينها ابن الزوج على ما عرف ثم يرجع الاخذ على القاتل بما ضمن
من الجزاء وقال زفر لا يرجع لان الاخذ انما اخذ بصنعه ومن اخذ بصنعه لا يرجع على غيره فيما لا يقبل الملك
لئلا يستلزم تنزيل الراجع منزلة المالك بواسطة الضمان فيما هو غير قابل للملك في حق المحرم كما غصب خنزير
ذمي فاتلفه في يده اخر فضمن الذمي الغاصب لا يرجع على المتلف بشيء ولنا ان الاخذ انما تقرر سببا للضمان
عند اتصال الهلاك به فهو اي القاتل بالقتل جعل فعل الاخذ علة فيكون قتله في معنى مباشرة علة
العلة فيضاف الضمان اليه كغاصب الغاصب اذا تلف المغصوب وضمنه الغاصب فان حاصل الضمان
يستقر عليه واعترض بان الرجوع يستلزم تضمين ما ليس بمملوك وما ليس بمملوك ليس بمضمون والزام
الاكثر مما لزمه فان ما لزمه كفارة يفتى بها ويجزيه الصوم فيه ولا رجوع يطالبه بضمان محقق ويحبس عليه
وذلك اكثر مما لزمه فلا يجوز واجيب عن الاول بان الضمان لم يستلزم الملك بل يجوز ان يكون في
مقابلة ازالة يد محترمة وهي موجودة فيما نحن فيه لان الاخذ كان متمكنا بيد من الارسال واستفاد
الحل به عن نفسه وقد فوته القاتل عليه فيضمنه كغاصب المدبر اذا اتلفه انسان في يده فان في الغاصب
تضمينه فانه يرجع على القاتل بقيمته كما لو ملكه وان كان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وعن
الثاني بان مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كالاب اذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه اخر ثم الابن
ضمن اباه رجع الاب على الغاصب وتحبيسه وان كان هو لا يحبس فيما لزمه من دين ابنه ولكنا نعما استشهد
به زفر ان غاصب الخنزير لم يثبت له يد محترمة لا وخروجه عن محلية التمليك بخلاف الصيد
لان ذلك فيه لزيادة احترام في حق الحرم باحلال محترمة للادمي فثبت له يد محترمة وان لم يثبت له
ملك قال فان قطع حشيش الحرم اعلم ان حشيش الحرم وشجره على نوعين شجر انبته الانسان وشجر نبت بنفسه
وكل واحد منهما على نوعين لانه اما ان يكون من جنس ما ينبته الناس او لا فالذي ينبته الناس لا يوجب
الجزاء والاول من الثاني كذلك وانما يختص الجزاء بالثاني منه وهو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته الناس
ويستوي فيه ان يكون مملوكا لانسان بان نبت في ملكه او لم يكن حتى قالوا في رجل نبت في ملكه ام غيلان
فقطعها انسان فعليه قيمتها لمالكها وعليه قيمة اخرى لحق الشرع وقوله فان قطع حشيش الحرم الى ان
قال فعليه قيمته اشارة الى هذا النوع الاخير لانه اضافه الى الحرم وقال وهو مما لا ينبته الناس وقوله الا فيما جف
خلافا اي لا يختص بطن مرعاها ولا يقطع شوكها وقوله لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم لا بسبب الاحرام لان
المحرم ليس بممنوع عن الاحتشاش والاحتطاب خارج الحرم وقوله على ما بينا اشارة الى قوله الا انها غرامة
وليست بكفارة وقوله بخلاف الصيد يعني انه لا يجوز بيع صيد اصطاده محرم او بيع صيد الحرم اشكل والفرق
ما ذكر بعد بقوله لان بيعه حيا تعرض للصيد الامن وقوله والذي ينبته الناس عادة يعني ما لا ينبته الناس

عادةً اذا انبته انسان الحق بما ينبته فكان غير مستحق الامن الحاصل بالحرم الاجماع بجامع انقطاع كمال النسبة الى الحرم عندنا النسبة الى الحرم بالانبات **وقوله** ولو نبت بنفسه يعني الذي لا ينبت عادة لو نبت بنفسه في ملك رجل فكذلك فيما ذكرناه آنفا وان قيل عليه بوجهين احدهما ان النبات يتملك بالاخذ فكيف تجب القيمة بتعدد ذلك والثاني ان الحرم كله لله فكيف يتصور قوله وقيمة اخرى حقا لمالكه واجيب عن الاول بان قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث الماء والكلاء والنار محمول على خارج الحرم واما في الحرم فيختلف فيه لانه حرام التعرض بالنص كما سيأتي وعن الثاني بانه على قول من يرى تملك اراضي الحرم وهو قول ابي يوسف ومحمد **وقوله** وما جف منه ليس من نبات الحرم الاستثناء منقطع هذه المسألة وهو ظاهر **وقوله** لا بأس بالرعي لان فيه ضرورة يعني ان الذين يدخلون الحرم للحج او العمرة يكونون على الدواب ومنعها عنه متعذر فتحققت الضرورة ولنا ما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ذاتها لا تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه فان قيل النص في القطع لا في الرعي اجاب بقوله والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل يعني قطع الحشيش بشجرته ومشفر البعير شفته والمناجل جمع منجل وهو ما يحصد به الزرع **وقوله** وحمل الحشيش يعني سلمنا ان النص في القطع لا في الرعي لكن لا نسلم الضرورة لان حمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة فان قيل ما بال الاذخر لم يحرم رعيه ولا ضرورة فيه اجاب بقوله بخلاف الاذخر لان رسول الله صلى الله عليه وسلم استثناه يعني ذرعه روي ان العباس لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال الا الاذخر يا رسول الله فانها لقبورهم وبيوتهم فقال صلى الله عليه وسلم الا الاذخر وتأويله انه صلى الله عليه وسلم كان من قصده ان يستثني لان العباس سبقه بذلك وكان اوحي الله اليه ان يرخص فيما يستثنيه العباس فان قيل على هذا التقدير كان قوله لا يختلى خلاها عاما مخصوصا بمقارن فلا يصح المدعي بالقياس عليه قلت الاستثناء ليس بتخصيص ولئن سلمناه كان الاذخر مخصوصا بالضرورة وقد ذكرنا ان لا ضرورة في الرعي **وقوله** بخلاف الكمأة معطوف على قوله بخلاف الاذخر يعني انها ليست بداخلة في المحرمات لانها ليست من جملة نبات الارض بل هي مودعة فيها **قال** وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي عليه دم واحد بناء على ان القارن عنده محرم باحرام واحد وعندنا باحرامين وقد مر ذكره من قبل فانه قيل احرام الحج اقوى لكونه فرضا دون العمرة واذا اجتمع امران في الجنس واحد واحدهما اقوى من الآخر فالحكم للاقوى كما في قوله صلى الله عليه وسلم ... فيجعل الاضعف كالمعدوم كما ذكرتم في المحرم اذا قتل صيد الحرم فانه لا يجب الا جزاء واحد لان حرمة الاحرام اقوى فالجواب ان ذلك الاصل صحيح ولكن ليس احرام الحج اقوى من احرام العمرة فان احرام العمرة على الانفراد يحرم على المحرم جميع ما يحرم احرام الحج فكانا متساويين فلا يتبع احدهما الآخر فان قيل فعلى هذا التعليل يختص بوجوب الدمين على القارن فيما اذا كان قبل الوقوف بعرفة فاما اذا كان بعد الوقوف بها ففي الجماع يجب دمان وفي سائر المحظورات دم واحد لان احرام العمرة انما يبقى في حق التحلل الاصغر قلت يجب ذكر ان كان شيخ الاسلام ذكر مثل ما ذكرت ووجهه ان القارن اذا احرم الحج بعد الفراغ منها فعلها بسوقه لا يجب الحلق خاصة كما لا يكون الوقوف يتحلل وتبقى في سائر المحظورات **وقوله** الا ان يتجاوز الميقات استثناء من قوله فعليه دمان **وقوله** خلافا لزفر يعني انه يقول عليه دمان لكل احرام دم كما في سائر المحظورات ولنا ان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد الا ترى انه لو اخر العمرة عند الميقات ثم احرم للحج بعدما جاوز الميقات كان جائزا ولا شيء عليه مع انه قارن ايضا وبتأخير واجب لا يجب الا جزاء واحد **وقوله** واذا اشترك محرمان في قتل صيد واحد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل وقال الشافعي عليهما جزاء واحد لانه من اصله ان الاعتبار بالمحل وعن هذا قال ان الدال الذي لم يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شيء والمحل ههنا واحد فلا يلزمه الا جزاء واحد وكان صيد الحرم وحقوق العباد ولنا ان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة اما انه يصير جانيا فلان الفعل الذي لا يقبل التجزئة اذا صدر من فاعلين يضاف الى كل واحد منهما كملا كما في القصاص وكفارة القتل

واما انه جناية تفوق الدلالة فلاتصاله بالمحل دونها واذا كان كل واحد منهما جانيا بتلك الجناية كانت الجناية متعددة وتعددها يوجب تعدد الجزاء لا محالة **وقوله** واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم وهو عكس المسألة المتقدمة لان حكمها تقدم عن قريب واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل قال المصنف لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن والتعرض للصيد الآمن بالبيع باطل وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة وبيع الميتة باطل لعدم المحل ومن اخرج ظبية من الحرم ... اولاد فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا يعني ان الصيد بعد الاخراج من الحرم متصف بصفة شرعية وهي بقاء استحقاقه الامن شرعا وكل ما اتصف بصفة شرعية صفته تلك تسري الى الاولاد انما قلنا انه يبقى الاستحقاق للامن شرعا فلان الرد الى مأمنه واجب واما ان كل ما اتصف بتلك الصفة تسري الى الاولاد فكما في الحرية والرق والكتابة وغيرها ونوقض بولد المغصوب فانها واجبة الرد الى مالكها وهذه صفة شرعية ولم تسر الى ولدها فان زوائد الغصب غير مضمونة والجواب ان الصفة الشرعية تسري الى الاولاد اذا لم يكن مانع ووصف المغصوبية يمنع عن ذلك لانها ليست بصفة شرعية ولان تصورها لا يتحقق في الاولاد لان الغصب ازالة اليد المحقة وهي في الاولاد

~~اذا لم يكن مانع ووصف المغصوبية يمنع عن ذلك لانها ليست بصفة شرعية ولان تصورها لا يتحقق في الاولاد لان الغصب ازالة اليد المحقة وهي في الاولاد~~ لا تتحقق لعدم ثبوت يد عليها تزال بالغصب

باب ذكر مجاوزة الميقات بغير احرام

باب ذكر مجاوزة الوقت بغير احرام

قال صاحب النهاية لما ذكر باب الجنايات وانواعها اعقبه ذكر باب مجاوزة الميقات بغير احرام لان هذا من الجنايات ايضا الا ان هذا قبل الاحرام وما ذكر من باب الجنايات وما يتبعه بعد الاحرام ومطلق ذكر جناية المحرم يتناول ما بعد الاحرام فكان كاملا في استحقاق اسم الجناية فلذلك قدمه على هذا الباب فان قيل كان الواجب ان لا يجب على من جاوز الميقات بغير احرام شيء لان المحرم للاشياء الموجبة للكفارة هو الاحرام والاحرام غير موجود في ذلك الوقت فالجواب ان من جاوز الميقات بغير احرام ارتكب المنهي عنه وتمكن في حجه نقصان ونقصانه يتجبر بالدم اذا لم يتداركه ذلك في اوانه بالرجوع الى الميقات ملبيا قبل ان يطوف وحاصل الجواب منع انحصار موجب الكفارة في الاحرام فان لم يرجع اليه والى غيره من المواقيت سقط ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه قال ينظر ان عاد الى ميقات وذلك الميقات يحاذي الميقات الاول او ابعد الى الحرم سقط عنه الدم والا فلا وان رجع اليه ثم لم يلب حتى دخل مكة وطاف للعمرة فعليه دم عند ابي حنيفة وقالا ان رجع محرما فلا شيء عليه لبى او لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود لانه تحقق الاحرام انشاء الاحرام والراجع اليه ليس كمنشئ وصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليها بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك لان المتروك هناك استدامة الوقوف الى غروب الشمس وما لغو بل يحصل ذلك على ما مر وبهذا الكلام تم الحجة على زفر وبقي الكلام بينهم في ان التدارك هل يحصل بالعود او مع التلبية عندهما بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات وهو المرور به محرما فانه اذا احرم من دويرة اهله ومر به ساكتا صح وعنده بعوده ملبيا لان العزيمة ان يحرم من دويرة اهله فاذا احرم منها صار موضع احرامه فيشترط التلبية هناك فاذا لبى ثم سكت عند المرور لا شيء عليه ولتمام الكلام

فيه وانما الكلام فيما اذا ترخص بالتاخير الى المواقيت فانه يجب قضاء حقه بانشاء التلبية والاحرام فاذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى احرم دون الميقات ثم عاد فانه لبى فقد اتى بجميع ما استحق عليه ولا خلاف في احرام بعد المجاوزة كالخلاف في احرام العمرة في جميع ما ذكره **قوله** ولو عاد بعد ما ابتدا الطواف متصل بقوله وان رجع اليه فلم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته وحاصله ان مسئلة العود على ثلاثة اوجه في وجه لا يسقط بالعود بالاتفاق وفي وجه يسقط بالاتفاق وفي وجه على الاختلاف الذي ذكرناه وبيانه ان من دخل مكة يريد الحج او العمرة فجاوز الميقات بغير احرام فاحرم فاما ان يعود اليه او لا فان لم يعد وجب عليه الدم وان عاد فاما ان يعود قبل الاحرام او بعده فان عاد قبله سقط الدم بالاتفاق لانه انشاء التلبية الواجبة عند ابتداء الاحرام وان عاد بعده فاما ان يعود بعد ما ابتدا الطواف واستلم الحجر او قبله فان عاد بعده لا يسقط الدم بالاتفاق لانه لما طاف واستلم الحجر وقع شوطا معتدا به وذلك ينافي انتقاض الدم عنه لان الاسقاط انما هو باعتبار انه منشئ من الميقات تقديرا وبعد ما وقع منه شوط معتد به لا يتصور كونه منشئا منه ظهر لك مما ذكرنا ان قوله واستلم الحجر لبيان ان المعتبر في ذلك الشوط وان عاد قبله فعلى الاختلاف المذكور **قوله** فان دخل البستان ظاهر **قوله** الحق باهله يعني سواء نوى مدة الاقامة او لم ينو سواء كانت الاقامة او لم تكن في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه شرط نية الاقامة خمسة عشر يوما **قوله** وقد مر من قبل ان المراد ما ذكره في فصل المواقيت بقوله ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم **قوله** ومن دخل مكة بغير احرام معناه من دخل مكة بغير احرام فلزمه حجة او عمرة ثم خرج من عامه ذلك وحج حجة الاسلام اجزاه عما وجب عليه بدخول مكة بغير احرام وقال زفر لا يجزئه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر فانه اذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج حجة الاسلام فانه لا يسقطها المنذور وكذلك هاهنا والجامع ان كل واحدة منهما واجبة بسبب غير الاخرى فما وجب عليه بالدخول بمنزلة ما يجب عليه بالنذر في ان الشروع ملزم كالنذر فكما لا يتادى المنذور بحجة الاسلام فكذا المشروع فيها وصار كما اذا تحولت السنة ثم حج فانه لا يتقوم مقام ما لزمه بدخول مكة بالاتفاق ولنا وهو وجه الاستحسان انه تلافى المتروك في وقته وهو السنة التي جاوز فيها الميقات لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام لا غير على اي وجه كان وقد حصل ذلك كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء فانه يجزيه عن حجة الاسلام التي نوى وعما لزمه بدخول مكة بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتادى الا بالاحرام مقصودا كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان من سنته تلك دون العام الثاني فان قيل سلمنا ان الحجة بتحول السنة تصير دينا ولكن لا نسلم ان العمرة تصير دينا لعدم توقتها بوقت معين فينبغي ان تسقط العمرة الواجبة بدخول مكة بغير احرام بالعمرة المنذورة في السنة الثانية كما تسقط في السنة الاولى اجيب بان تاخير العمرة الى ايام النحر والتشريق مكروه فاذا اخرها الى وقت مكروه صار كالفوت لها فصارت دينا **قال** ومن جاوز الميقات بغير احرام ذكر في هذه المسئلة ثلاثة احكام المضي فيها وقضاؤها بالاحرام من الميقات وسقوط الدم اما المضي فلان الاحرام عقد لازم لا يخرج المرء عنه الا باداء الافعال واما القضاء فلانه التزم الاداء على وجه الصحة ولم يفعل واما سقوط الدم فلانه اذا قضاها بالاحرام من الميقات تجبر به ما نقص من حق الميقات بالمجاوزة بغير احرام فسقط عنه الدم وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير احرام ثم احرم ففاته الحج ثم قضاها فانه يسقط عنه دم الوقت عندنا خلافا لزفر قال لان الدم بمجاوزة الميقات صار واجبا عليه فلا يسقط بفوات الحج كما لو وجب عليه الدم بالتطيب او لبس المخيط فانه لا يسقط عنه بفوات الحج ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه اي من الميقات فاذا ابتدا فيتدارك به المعنى الذي لاجله لزمه الدم وهو المجاوزة بغير احرام بخلاف غيره من المحظورات فانه لا ينعدم بفوات الحج وقضائه اذا خرج المكي من الحرم الى الحرم ظاهر والله تعالى اعلم

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

اضافة الاحرام الى الاحرام في حق المكي وممن بمعناه جناية وكذلك اضافة احرام العمرة الى احرام الحج في حق الافاقي بخلاف اضافة احرام الحج الى احرام العمرة فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقيب الجنايات وباعتبار عدمه جعله في باب على حدة قال ابو حنيفة اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحجة رفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة قيد بالمكي لان الافاقي اذا اهل بالعمرة او لا فطاف لها شوطا ثم اهل بالحج ولا يرفض الحج ولكنه يمضي عليهما لان الجمع بين الحج والعمرة صحيح في حق الافاقي لانه لو طاف لها اقل الاشواط كان قارنا وان طاف لها اكثر كان متمتعا لان المتمتع من يحرم بالحج بعد اعمال العمرة والاكثر للطواف حكم الكل والقارن من يجمع بينهما وقيد بالعمرة لان المكي اذا اهل بالحج فطاف له شوطا ثم اهل بالعمرة فانه يرفض العمرة لان احرامه للحج قد تاكد وقيد بالكل لانه لو كان لم يطف لها رفضها بمعنى اولى وقيد بالشوط يعني الواحد لانه اذا طاف لها اربعة اشواط لا خلاف في رفض الحج واما في الشوطين والثلاثة فقد صرح في الايضاح بوجود الخلاف الذي ذكر اذا طاف لها شوطا وقال ابو يوسف ومحمد رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما بناء على ما تقدم ان الجمع بين الحج والعمرة في حق المكي غير مشروع فلا بد من رفض احدهما دفعا من احرامه على غير المشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى حالا لكونه فرضا ولا اقل اعمالا لان اعمالها الطواف والسعي لا غير وايسر قضاء لكونها غير موقتة هذا اذا كان الحج فرضا واما اذا كان تطوعا فيعلل بالوجهين الاخيرين **قوله** وكذا اذا احرم يعني رفض العمرة لكن هذا بالاتفاق فلما قلنا يعني من الامور الثلاثة وفي عبارته تسامح لانه عطف بقوله وكذا المتفق عليه على المختلف فيه وهو غير مستقيم لا محالة **قوله** وان طاف للعمرة اربعة اشواط ظاهر مما ذكرنا انفا **قوله** ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة حذف كلمة لا من قوله ولا كذلك قال صاحب النهاية ذكر الامام مولانا حسام الدين الاخسيكثي وكذلك بعض النسخ الاخرة قال وهكذا ايضا وجدته بخط شيخي ولكل واحد من هذه النسخ وجه اما وجه الاولى والثالثة فظاهر واما وجه الثانية فهو انه لدفع سؤال السائل وهو ان يقال لما اخذ الاكثر حكم الكل يكون ما دون الاكثر معدوما حكما فينبغي ان يرفض العمرة عند ابي حنيفة لانه لما اخذ حكم العدم صار كانه لم يطف للعمرة شيئا وهناك يرفض العمرة كما مر فكذا هنا في المعدوم حكما فقال ليس كذلك لانه لما اتى بشيء من افعال العمرة فقد تاكدت ولم يتاكد الحج اصلا لانه لم يات بشيء من افعاله فكان رفض الحج اسهل وهذا هو احد الوجهين المذكورين في الكتاب من جانبه والوجه الاخر هو ما ذكره بقوله ولانه في رفض العمرة والحالة هذه يعني والحالة انه اتى بشيء من افعال العمرة ابطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه والامتناع اهون من ابطال ما وقع معتدا به **قوله** وعليه دم بالرفض ايهما رفضه يعني الحج عنده والعمرة عندهما لانه تحلل قبل ادائه لتعذر المضي فيه لكون الجمع بينهما غير مشروع فكان في معنى المحصر وعلى المحصر دم للتحلل ويكون الدم دم جبر لا دم شكر على ما ياتي فان قيل هلا لزمه دمان لانه كل واحد من الاحرامين اجيب بانه غير ممنوع عن احدهما لانتقاضه بخلاف الاخر فلذلك لزمه دم واحد الا انه في رفض

العمرة فعليها الاعادة في رفض الحجة قضاؤه وعمرة اما الحج فلانه صح شروعه فيه ثم رفضه واما العمرة فلانه
في معنى فائت الحج اذ فائت الحج يتحلل بافعال العمرة بالحديث وقد تعذر التحلل بافعالها هاهنا لانه في العمرة
او الحج وانما مضى عليهما وادى ما جزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما اي عن اداء العمرة او الحج كاحرام
العمرة حقيقة قال صاحب النهاية وفي نسخة شيخي بخطه منهي عنها اي ادى المنعية للرفض جميعا فيما اذا لم
يشتغل بطواف الحج والكلام فيه لانها هي الداخلة في وقت الحج وبسببه وقع العصيان **وقوله** والنهي لا يمنع
تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا ان النهي يقتضي المشروعية دون النفي في اصول الفقه كما ذكر
المصنف في اول المسألة ان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع ثم ذكر هاهنا انه لا يمنع تحقق الفعل ومعناه
كما قلنا انه يقتضي المشروعية فكان التناقض في كلامه واجيب بان اراد بقوله غير مشروع كاملا
كما في حق الآفاقي في دينه فيندفع التناقض **وقوله** وعليه دم واجب **قال** ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة
اخرى اعلم ان اضافة الاحرام الى الاحرام اربعة اقسام بالقسمة العقلية ادخال احرام الحج على احرام
الحج وقدم ادخال احرام الحج على احرام العمرة على الاقسام الباقية لكونه ادخل في كونه جناية ولهذا لم يسقط
عنه الدم وما فرغ من ذكر ادخال احرام الحج على احرام الحج معقبا على عزم لعقوبة له اذا كان احدهما
فرضا ثم ادخال احرام العمرة على احرام العمرة لاتباعه فيهما في النفسية وكيفية الافعال في الاصل في ذلك ان
الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة لكن اذا جمع بينهما لزماه عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد والشافعي يلزمه احدهما والكلام هاهنا مع الشافعي بناء على ان الاحرام عنده ركن فلا يمكن الجمع
بين الركنين وعندنا شرط للاداء لكن محمد يقول هو وان كان شرطا للاداء الا انه ما شرع الا للاداء
فلا يتحقق على الوجه الذي يتصور فيه الاداء واداء الحجتين او عمرتين معا غير متصور فلا يتصور
الاحرام لهما كالتحريمة في الصلاة وهما يقولان ان الاحرام بالحج التزام محض في الذمة بدليل انه يصح مقصودا
عن الاداء واللزوم في الذمة يصح كثيرة فصار من هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريمة للصلاة لانها لا تصح مقصودة
عن الاداء لانه لا بد من رفض احدهما اما اختيارا او عن ارتكاب المنهي وانما لان البقاء للاداء ان الاداء
والجمع اداء غير متصور فبعد هذا قال ابو حنيفة اذا توجه الى اداء احدهما صار رافضا للاخرى وقال ابو يوسف
كما فرغ من الاحرامين صار رافضا احدهما وفائدة الاختلاف تظهر فيما اذا قتل صيدا قبل ان يتوجه الى اداء
كانه على قول ابي حنيفة يلزمه قيمتان وعلى قول ابي يوسف يلزمه قيمة واحدة وكذلك اذا احصر في
هذه الحالة يحتاج الى هديين للتحلل عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف اذا عرف هذا نعود الى تطبيق ما في
الكتاب على هذا الاصل فاذا احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى لزمته الاخرى لما ذكرنا انه التزام محض
ولا شيء عليه لان الاولى قد انتهت بمناسكها وان لم يحلق في الاولى واحرم بحجة اخرى صار جامعا بين احرامي
الحج فبعد ذلك اما ان يحلق للاولى في هذه السنة او يؤخر الحلق الى السنة الثانية فان حلق فقد تحلل عن
الاولى لكن جنى على الثانية بالحلق وان اخر فقد اخر الحلق في الاولى عن وقته والتأخير عن الوقت يوجب
في قول ابي حنيفة ولهذا قال في الكتاب وعليه دم قصر او لم يقصر اي حلق او لم يحلق وانما عبر عنه بالتقصير
لان وضع المسألة في قوله ومن احرم بالحج ثم احرم يتناول الذكر والانثى فنكر اولا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير
بيانا ان الافضل في حق الرجال الحلق وفي حق النساء التقصير وقالوا انه لم يقصر لا شيء عليه لان الجمع بين احرامي الحج
او احرامي العمرة بدعة الى اخر ما ذكر في الكتاب فهو واضح بعد التأمل فيما سبق لكن يرد عليه شيء وهو ان
المذكور من مذهب محمد في هذا الاصل انه اذا جمع بين احرامين انما يلزمه احدهما وهو مروي عن الامام
التمرتاشي والفوائد الظهيرية وحينئذ ينبغي ان لا يلزمه دم وان قصر لعدم لزوم الاخرى واما ان يكون سهوا في
نقل مذهب محمد ومذهبه كمذهبهما واما ان يكون عنه في ذلك روايتان ومن فرغ من عمرته الا التقصير

فان احرم بعمرة اخرى فعليه دم يعني بالاتفاق لاحرامه قبل الوقت لان وقته بعد الحلق للاولى بوجوده لانه
جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة لا يحل التناول منه وهذه المسألة من
مسائل الجامع الصغير بيانه فيه لزوم دم الجمع في العمرة من غير اختلاف الروايتين وسكت محمد عن بيان
وجوب دم الجمع بين احرامي الحج في الجامع الصغير واوجبه في مناسك المبسوط فقال بعض مشايخنا
في ذلك روايتان واما وجوبه في الجمع بين احرامي العمرة فذلك رواية واحدة وهذه المسألة ايضا تدل على ان
مذهب محمد في لزوم الاحرامين كمذهبهما والا لما لزم عليه شيء لان الجمع غير متحقق لعدم لزوم الاحرام الآخر
اذا اراد بالجمع ادخال الاحرام على الاحرام وان لم يلزم الا احدهما فيستقيم **وقوله** ومن اهل بالحج اي رفع صوته
بالتلبية ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسألة فيه فيصير بذلك قارنا لانه
قرن بين النسكين لكنه اخطأ السنة فيصير مسيئا لان السنة ادخال الحج على العمرة لا ادخال العمرة على الحج قال
الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج جعل الحج آخر الغايتين لكن لما لم يؤد لم يصح لان الترتيب وجد في الافعال
وان فات في الاحرام فعليه تقديم افعال العمرة على افعال الحج حتى لو وقف بعرفات ولم يأت بافعال العمرة
كان رافضا لعمرته لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة بل المشروع هو ان يكون
افعال الحج مبنية على افعال العمرة **وقوله** مبنية نصب على الحال قال في النهاية والعمل فيها معنى الاشارة
في هي هكذا كانت مقيدة بقيد شيخي وفيه نظر فان توجه الى العمل يكون رافضا حتى لو بدا له فرجع من الطريق
الى مكة فطاف لعمرته وسعى ثم وقف بعرفات كان قارنا وقد ذكرناه من قبل يعني في باب القران حيث قال
ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة الى الحرم فان طاف للحج يعني طواف التحية
ثم احرم بعمرة فمضى عليهما وتفسير المضي ان يقدم افعال العمرة على افعال الحج كما هو المسنون في القران لزماه
وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع عليها مر يعني قوله لان الجمع بينهما مشروع في حق
الآفاقي فيصح الاحرام بهما وكلامه ظاهر **وقوله** هو الصحيح احتراز عما اختاره شمس الائمة وقاضيخان
والامام المحبوبي ان دمه دم القران فيكون دم شكر ذكره الامام فخر الاسلام مثل ما ذكر في الكتاب لانه
اخطأ السنة في بناء افعال العمرة على افعال الحج من وجه فكان كفارة لا نسكا **وقوله** ويستحب ظاهر **وقوله**
ومن اهل بعمرة في يوم النحر يعني قبل الحلق وقبل طواف الزيارة لا ضحكم من اهل بها بعد ما حلق من
الحجة يأتي ذكره كذا في النهاية والظاهر الاطلاق فعلى ما ذكر **وقوله** الرفض لما قلنا نريد به قوله لان
الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي **وقوله** يرفضها قالوا معناه يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج وهو
الوقوف فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج بكل وجه **وقوله** وقد كرهت العمرة وجه آخر في لزوم الرفض
على ما نذكر اشارة الى ما يذكر في باب الفوات بقوله العمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام
يكره فعلها فيها **وقوله** دم عمرة كما في قضاء العمرة **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الجمع بينهما مشروع
فان قيل ما الفرق بين هذه المسألة وبين الشروع في الصوم في يوم النحر حيث لا يلزمه القضاء اذا افسده
وههنا يلزمه اجيب بان بمجرد الشروع في الصوم فيه يحصل به المعصية وهو ترك اجابة ضيافة الله
تعالى فيؤمر بالافطار ولا يلزمه القضاء واما بمجرد الاحرام للعمرة في هذه الايام فلا تحصل لان المعصية
باداء افعالها في هذه الايام فيلزمه القضاء لصحة الشروع وانه مضى عليه اي على العمرة التي احرم لها يوم
النحر وفي بعض النسخ عليهما اي على الحج والعمرة اجزأه وذلك ظاهر **وقوله** وعليه دم لجمعه بينهما اما
في الاحرام يعني ان كان احرام العمرة قبل الحلق او في الاعمال الباقية يعني اذا كان بعد الحلق
وهذا يرشدك الى ان الكلام المصنف على اطلاقه للشمول لما قبل الحلق كما قال صاحب النهاية لانه اذا كان
قبل الحلق نفيه الجمع بين الاحرامين فلا حاجة الى قوله او في الاعمال الباقية وقد ذكر بكلمة او وكذا قوله

و اما اجزاءه المضي على العمرة في هذه الايام
لان النهي عن العمرة في هذه الايام لمعنى في
غيرها لا في ذاتها وهو تعظيم الحج بان يحمل
الوقت خالصا له بلا مزاحمة غيره
غاية البيان

العمرة
المرء ٢٢

وادخال احرام الحج على احرام الحج وادخال
احرام العمرة على احرام العمرة وادخال
احرام العمرة على احرام الحج
ذكره

وقيل اطلقه ليدل على ذلك لان معناه بالرسم الرض مطلقا وقيل اذا حلق الحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل قال الامام فخر الاسلام ابو بكر محمد الرض في الجامع الصغير وحوايه في الاصل ومشيه ظاهر ذلك انه لا يرفضها اي لا ترتفض من غير رفض وقوله وان فاته الحج يعني فاته الحج وهو ممن فاته الوقوف بعرفة اذا احرم بعمرة او بحجة فانه يرفض التي احرم بها اما اذا كانت عمرة فلانه فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وفائدته تظهر في حق لزوم الرفض اذا احرم بحجة اخرى فعندهما يرفضها لئلا يصير جامعا بين احرامي الحج وعند ابي يوسف لا يرفضها بل يمضي فيها وقوله وعليه ما يأتيك اداءه قوله لانه فائت الحج يتحلل بافعال العمرة وقوله من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة لانه عندهما وقوله تصير جامعا اي فائت الحج الذي احرم بعمرة يصير جامعا بين العمرتين ابتداء لا فيجب عليه رفض العمرة التي احرم بها كما لو احرم بعمرتين واما اذا كانت حجة فانه يصير جامعا بين الحجتين احراما لا فعلا فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه والله اعلم

باب الاحصار

لما كان من الاحصار ما هو جناية تحقق على المحرم اعقبه باب الجنايات بابا على حدة يقول العرب احصر اذا منعه خوف او مرض من الوصول الى اتمام حجته او عمرته واذا حبسه سلطان او قاهر مانع يقولون حصر فالمحصر محرم ممنوع عن المضي على اتمام فعل ما احرم لاجله فان الحصر بعدو او مرض يمنع من المضي كان له التحلل والشافعي حصر الاحصار في العدو فالمريض ليس له ان يتحلل بالهدي بل شرع في حق المحصر لحصول النجاة بالتحلل لما النجاة بالتحلل لا يكون الا من العدو لان ما به من المرض لا يزول بالتحلل بخلاف المحصر بالعدو فان ما ابتلي به يزول بالتحلل لانه يرجع الى اهله فينتفع بعدوه وقلنا ان الاحصار ورد في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو واذا وردت فيه كانت دلالة في الاحصار بالمرض فهي تغني ولكان من حق الكلام ان يقول باجماع اهل التفسير لان اهل اللغة لا تعلق لهم بورود الاية وسبب نزولها ولئن قلنا انها نزلت في رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه الاحصار بالعدو بعض الاولاد معناه بدلالة اجماع اهل اللغة على معنى ذلك المعنى ان يكون الاية واردة في الاحصار بمرض ولئن سلمنا ان النصوص الواردة مطلقة يحمل بها على الاطلاق فيها من غير حمل على الاسباب الواردة هي لاجلها وقوله والتحلل لانه شانه التنزل كانه قال سلمنا ان اية الاحصار وردت في المحصر بالعدو ولا فرق بين الاحصار والحصر لكن المريض ملحق به بالدلالة لان التحلل قبل اوانه لدفع الحرج الاتي من امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار على الاحرام وقوله فاذا كان التحلل يعني اذا ثبت بما ذكرنا من الدليل جواز التحلل للمحصر يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه تذبح فيه ثم تحلل وهذا على قول ابي حنيفة لان دم الاحصار عنده غير موقت فيحتاج الى المواعدة ليعلم وقت الاحلال واما عندهما فدم الاحصار في الحج موقت بيوم النحر فلا حاجة الى المواعدة فيه وانما يحتاج اليه في العمرة فاذا بعث هدي بالخيار ان شاء اقام مكانه وان شاء رجع لانه لما صار ممنوعا من الذهاب يحتاج المقام والانصراف قال الله تعالى فقد يقال يذبح فيه ثم تحلل لانه اذا ظن نحره يفعل ما يفعله الحلال ثم ظهر انه لم يذبح كان عليه ما على الذي ارتكب محظورات الاحرام لبقاء احرامه كذا ذكره الامام قاضيخان وانما

يبعث

يبعث المحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في مكان او زمان على ما مر فدم الاحصار لا يعرف قربة بدون احدهما فلا يقع به التحلل وقد عين الشارع المكان باشارة قوله ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم والمحل بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس اي عن الحلق حتى يبلغ الهدي موضع حله ثم محل الحل بقوله ثم محلها الى البيت العتيق وليس المراد عين البيت لانه لا يراق فيه الدماء فكان المراد الحرم مرجعا فاصح وقال الشافعي لا يتوقف بالحرم لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا المراعى اصل التخفيف لا نهايته وهذا لم يلحق التخفيف بل يبقى محرما ابدا ولان نهايته لو كانت مرعاة لتحلل في الحال كما قال مالك وليس كذلك بالاتفاق بيننا وبينه وقوله ويجوز الشاة ظاهر وذكر في المحيط انه اذا كان محصر لا يجد قيمة الشاة اقام حراما حتى يطوف ويسعى كما يتحلل فائت الحج وقوله وقال ابو يوسف عليه ذلك اي الحلق ولو لم يفعل لا شيء عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم حلق عام الحديبية وامر اصحابه بذلك فان قيل هذا الذي ذكر من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما ان تجرد فعل النبي صلى الله عليه وسلم في الذي لا يعقل قربة دليل الوجوب فكيف اذا امر غيره بذلك وحينئذ لا يكون دليلا على قوله ولو لم يفعل لا شيء عليه فاين دليله اجيب بان في المسألة عن ابي يوسف فيها روايتين في رواية يجوز وفي اخرى واجب والمصنف اورد دليل رواية الوجوب فلم يورد دليل الرواية الاخرى لان دليل ابي حنيفة ومحمد يصلح دليلا لها وقوله ولهما ان الحلق انما عرف قربة يعني انما كون الحلق قربة عرف بالنص بخلاف القياس فيراعى فيه جميع ما ورد فيه النص من الاوصاف ومن جملتها كونه مرتبا على افعال الحج فلا يكون في غير المرتب قربة واما حلق النبي واصحابه فليعرف المشركون استحكام عزيمة المؤمنين على الانصراف فيأمنوا منهم فلا يشتغلوا بمكيدة اخرى بعد الصلح وان كان المحصر قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة لما روي عن عائشة قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع فاهللنا بعمرة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان معه هدي فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا والهدي الواحد لا يحلل منهما فلا يكون له ان يتحلل اصلا فان قيل دم الاحصار قائم مقام الحلق في التحلل والقارن يتحلل بحلق واحد عن الاحرامين فما باله لا يتحلل عنهما بهدي واحد اجيب بجوابين احدهما ان الحلق في الاصل محظور الاحرام وانما صار قربة بسبب التحلل فكان قربة لمعنى في غيره كالوضوء للصلاة فينوب الواحد عن اثنين كالطهارة الواحدة تكفي لصلوات كثيرة واما الهدي فانه مشروع للتحلل لانه قربة مقصودة بدون التحلل ولهذا كان النذر به قربة مقصودة بنفسه لا ينوب الواحد منه عن الاثنين كافعال الصلاة والثاني ان الحلق محظور الاحرام وانما يصير قربة بسبب التحلل فان تكرر فالحلق انما يكون التحلل واقعا بالاول او بالثاني فان وقع بالاول كان الثاني لغوا وان وقع بالثاني كان الاول جناية فاما الذبح فليس بمحظور فيتم الجمع وقوله ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم انما اعاد هذه المسألة ليجعلها توطئة لقوله ويجوز ذبحه قبل يوم النحر زيادة في بيان ان دم الاحصار اعرف في اختصاصه بالمكان حيث لم يختلف فيه اصحابنا من اختصاصه بالزمان لانه مختلف فيه وقوله اعتبارا بهدي المتعة والقران تعليل لعدم جواز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر لانه بالحلق اذ كل منهما يتحلل فكما لم يجز الحلق قبل يوم النحر فكذلك الذبح وقوله ولابي حنيفة ظاهر وقوله بخلاف دم المتعة والقران جواب عن اعتبار صورة النزاع بهما لانه اي دم المتعة والقران دم نسك وما هو دم نسك يختص بالزمان فكذا هذا وقوله بخلاف الحلق جواب عن اعتبارهما الاخر وبيانه ان التحلل على نوعين تحلل في اوانه وهو الذي يترتب على افعال الحج لاجله وتحلل قبل اوانه وهو ما نحن فيه كذلك والاول لا بد فيه من التوقيت بيوم النحر لان الركن الاصلي هو الوقوف بعرفة وهو ينتهي اي يوجب التحلل وقته بطلوع الفجر من يوم النحر فلا بد ان يتم الحلق في يوم النحر واما الثاني فلانه لا يتوقف على ذا الافعال فيجوز تقديمها لعدم القدرة الداعية الى التوقيت بيوم النحر وما

قوله لانه شرع رخصة اي لان بعث الاحصار شرع رخصة وتخفيفا غاية البيان

جواب عما تمسك به ابو يوسف غاية البيان

يحل فيه من الثاني فكان قياسه على الاول قياسا مع وجود فارق وهو باطل قال صاحب الاسرار قال الله تعالى فان
احصرتم فما استيسر من الهدي من غير اشتراط زمان فاشتراطه بالقياس نسخ قال والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة
وعمرة هكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابن عمر قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من فاته عرفة بليل
فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والحديث عام في الذي فاته الحج بفوات وقت الوقوف وبفواته بالاحصار
لان كلا منهما قد فاته عرفة فقلنا بوجوب العمرة واما الحجة فانما تجب قضاء لصحة الشروع فيها فان قيل العمرة في
فائت الحج للتحلل والتحلل ههنا حصل بالهدي فلا حاجة الى ايجاب العمرة قلنا هذا راي في مقابلة النص لما روى
سالم عن ابن عمر انه كان يقول حسبكم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان حبس احدكم عن البيت طاف بالبيت
وبالصفا والمروة ثم حل من كل شيء حتى يحج عاما قابلا **قوله** وعلى المحصر بالعمرة القضاء يدل على ان الاحصار عن العمرة
متصور وقال مالك غير متحقق في العمرة لانها لا تتوقت ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه احصروا
بالحديبية وكانوا عمارا صح في كتب الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه احصروا بالعمرة بالحديبية
فقضوها من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء ولان التحلل شرع لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق
الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج واحدى العمرتين فلما بينا يعني في المفرد
من كونه بمعنى فائت الحج واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها **قوله** فان بعث القارن هديا قال
صاحب النهاية ذكر القارن ههنا وقع غلطا ظاهرا من الناسخ والصواب ان يقال فان بعث المحصر وبيان الغلط
من وجهين احدهما انه ذكر فان بعث القارن هديا ويجب على القارن بعث الهديين فانه لا يتحلل الا بالهديين لانه
ذكر قبل هذا في هذا الباب فان كان قارنا بعث بدمين والثاني ان المصنف جمع بين روايتي القدوري والجامع
الصغير وهذه المسألة مذكورة في هذين الكتابين في حق المحصر بالحج واقول لما كان كلام المصنف قبل هذا في
القارن لم يرد ذلك النظم فقال فان بعث القارن هديا والهدي اسم لما يهدى الى الحرم سواء كان ذلك دمين او دما
واحدا او ثوبا وكان ذكر ان الواجب عليه دمان وجماعة هدي القارن فكانه قال فان بعث القارن دمين فلا منافاة
بين هذا وبين ما قبله ولا وقع غلط في الكلام ولا من نسخه بل لو قال فان بعث المحصر كان مطلقا في حق القارن
ولو قال هديين كان غير صحيح لانه اسم جنس لما يهدى الى الحرم فلا يثنى الا اذا قصد الانواع وليس بمقصود او العدد
وذلك معلوم مما تقدم فلهذا قال فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار ثم ان
ههنا وجوها اربعة بحسب القسمة العقلية لانه اما ان لا يدرك الحج والهدي او يدركهما او يدرك الهدي دون
الحج او بالعكس والكل مذكور في الكتاب ففي الوجه الاول لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات
المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة فله ذلك لانه فائت الحج فان قيل اذا كان
في معنى فائت الحج وجب ان يؤمر بالتوجه والتحلل بالطواف والسعي حتما كما في فائت الحج اجيب بان الطواف والسعي
في حق فائت الحج غير مقصود لعينه ولكن المقصود هو التحلل وهذا المقصود يحصل له بالهدي الذي بعثه ليتحلل
عنه فله ان يقتصر بذلك ثم يقضي العمرة وله ان يتوجه لئلا يلزمه قضاء العمرة وفي الوجه الثاني يلزمه التوجه
لزوال العجز وحصول المقصود بالخلف كالمكفر بالصوم اذا ايسر قبل تمام الكفارة به واذا ادرك هديه صنع به
ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه وفي الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الاصل وفي الوجه
الرابع جاز له التحلل وهذا القسم يعني الوجه الرابع لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج على ما ذكر في الكتاب وهو
ظاهر **قوله** وحرمة المال كحرمة النفس كان عذرا له في التحلل عند الخوف على ماله لكن لا يتوجه فان قلت
هذا الذي ذكره المصنف ان حرمة المال كحرمة النفس مخالف لما ذكر فخر الاسلام والاصوليون ان حرمة النفس فوق
حرمة المال لجواز ان يكون وقاية للنفس فاذا اكره بالقتل على اتلاف مال الغير جاز الاقدام عليه فالجواب ان حرمة النفس
فوق حرمة المال حقيقة لانه مملوك مبتذل فاني يماثل المالك المبتذل ولكن حرمة المال تشبه حرمة النفس من حيث

كره

وانما وجب العمرة فانه فيما اذا فاته حجة من كونه ... لانه صار كفائت الحج وفائت الحج عليه ان يتحلل بافعال العمرة غاية البيان

اما وجوب الحج فلانه لا يخلو من احد الامرين اما اذا كانت حجة الاسلام واحرم عنها فعليه اداؤها لا محالة وان كانت نافلة فوجوبها بالشروع فعليه قضاؤها ايضا لان الشروع ملزم عنده كالنذر غاية البيان

اراد بالمقصود التحلل وبالخلف الهدي غاية البيان

في كان نحو النفس

كونا ثم لا يد فيه ظاهرا لقيام عصمة صاحبه فيه والى هذا اشار المصنف بكاف التشبيه **قوله** وله الخيار يعني
على وجه الاستحسان لما جاز له التحلل كان له الخيار ان شاء صبر الى ان ينحر عنه الهدي في الميعاد فيتحلل
وان شاء توجه لاداء النسك لزوال العجز وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم احصر
لا يكون محصرا لان سبب حكم الاحصار خوف الفوات وقد وقع الامن عنه لقوله صلى الله عليه وسلم من وقف
بعرفة فقد تم حجه لكنه محرم عن النساء حتى يطوف طواف الزيارة وعليه عند ابي حنيفة اربعة دماء دم
لترك الوقوف بالمزدلفة ودم لترك رمي الجمار ودم لتاخير الطواف ودم لتاخير الحلق وعندهما ليس عليه لتاخير
الطواف والحلق شيء فان قيل قد تعذر ان اريد بامتداد الاحرام يثبت حكم الاحصار كما في احصار العمرة وههنا
قد ازدادت فليثبت حكمه اجيب بانه متمكن من التحلل بالحلق الا في حق النساء وان كان يلزمه بعض الدماء
فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل **قوله** ومن احصر بمكة ظاهر **قوله** فلما بينا يعني قوله ومن وقف بعرفة
ثم احصر لا يكون محصرا **قوله** وقد قيل في هذه المسألة يعني قوله ومن احصر بمكة خلاف بين ابي حنيفة
وابي يوسف وهو ما ذكر علي بن الجعد عن ابي يوسف قال سالت ابا حنيفة عن المحرم يحصر في الحرم
فقال لا يكون محصرا فقلت اليس النبي صلى الله عليه وسلم احصر بالحديبية وهي من الحرم فقال ان مكة
يومئذ كانت دار الحرب فاما اليوم فهي دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال ابو يوسف واما انا فاقول
اذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر قال المصنف فالصحيح من الرواية ان الممنوع
عن الوقوفين والطواف يكون محصرا باتفاق اصحابنا واذا قدر على احدهما لا يكون محصرا وهو معنى
قوله ما اعلمتك من التفصيل

باب الفوات

معنى الاحصار من الفوات نازل منزلة المفرد من المركب لان الاحصار احرام بلا اداء وفي الفوات احرام فلا
جرم ان ما احرم **قوله** ومن احرم بالحج وفاته الوقوف ظاهر **قوله** ولان الاحرام بعد ما انعقد صحيحا اي
... فهو احرام لغو الاحرام الفاسد كما اذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة او احرم
مجامعا فانه يحكم بصحته على الصحيح **قوله** لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين منقوض بالمحصر فان الهدي
طريق له للخروج عنه كما تقدم واجيب بانه بنى الكلام على ما هو الاصل وتلك عارض الاحصار من العوارض
ثبت بالنص **قوله** كما في الاحرام المبهم اي المبهم من النسكين الحجة والعمرة بان اهل بالاحرام وقال لبيك اللهم
ولم ينو حجة ولا عمرة ولم يفعل شيئا فانه يصح احرامه ولا يخرج عنه الا باداء احد النسكين لكنه
تعين في المبين وهو العمرة لانها اقل افعالا واقصر مدة وههنا عجز عن الحج لفوات ركنه الاعظم فتعين
عليه العمرة فكان المناسبة بين الاحرام المبهم وبين ما نحن فيه الخروج عن الاحرام بافعال العمرة **قوله**
ولا دم عليه يعني عندنا خلافا للشافعي فانه اوجب الدم عليه قياسا على المحصر وقلنا التحلل وقع بافعال
العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما ولا يقاس احدهما على الاخر لان كل واحد
منهما قادر وعاجز عما يعجز عنه الآخر وعما يقدر عليه **قوله** والعمرة لا تفوت اي لانها غير موقتة وهي
جائزة في جميع السنة يدل على جواز فعلها في اشهر الحج وقد اختلف السلف في ذلك فكان عمر ينهى عنه ويقول
اجعلوا الاشهر والعمرة في غيرها اكمل لحجكم وعمرتكم والصحيح جوازها بلا كراهة بدليل ما روى البخاري
في صحيحه باسناده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اعتمر في ذي القعدة اربع عمر الا الذي اعتمر مع حجته
واما كراهتها في الايام الخمسة فهي مذهبنا وقال الشافعي لا تكره وما ذكر في الكتاب ظاهر **قوله** الا ان الاظهر
من المذهب ما ذكرناه يعني كراهة العمرة يوم عرفة قبل الزوال وبعده **قوله** والعمرة سنة اي سنة موكدة

لانه عمل بالعزيمة والتحلل رخصة فكان افضل غاية البيان

من حيث ان كل واحد منهما محلل غاية البيان

قوله ولا كذلك غير مؤقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه أمارة النفلية أشكل بالإيمان وصلاة الجنازة فإنهما فرضان وليسا مؤقتين وبالصوم فإنه يتأدى بنية غيره وهو فرض وأجيب بأنا قد قلنا إن كل ما هو غير مؤقت ونعني بذلك ما هو غير مؤقت بوقت من أوقات العمر إذا وقع فيه انتفى الفرضية والإيمان فرض دائم فلا يرد نقضا وصلاة الجنازة مؤقتة بوقت حضورها وإن الكلام فيما يكون غير مؤقتة وصوم رمضان ليس كذلك وأقول منشأ هذا الإشكال الذهول عن هذا الكلام فإنه جعل مجموع قوله لا اختصاصها غير مؤقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها أمارة واحدة وأشار إلى ذلك بقوله وهذه أمارة النفلية وحينئذ لا يرد عليه ذلك أما الإيمان فإنه لا غير مؤقتة حتى يتأدى بنية إذ هو لا يتنوع إلى فرض ونفل وكذلك صلاة الجنازة وأما صوم رمضان فلأنه مؤقت بوقت معين قوله والمراد بما رواه يعني قوله صلى الله عليه وسلم العمرة فريضة أنها مقدرة بأعمال كالحج لا يثبت الفرضية مع التعارض في الآثار فإن ما روي يدل على الفرضية وما رويناه يدل على كونها سنة وإذا تعارضت الآثار لا تثبت الفرضية لأنها لا تثبت إلا بدليل مقطوع به فإن قيل هو ثابت بقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله فإنه عطفها على الحج والحج فريضة وأمر بالإتمام والأمر للوجوب أجيب بأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والأمر إنما هو بالإتمام والإتمام إنما يكون بعد الشروع ونحن نقول به وإن كانت في الابتداء سنة قوله وهي الطواف والسعي ظاهر

باب الحج عن الغير

لما كان الأصل في التصرفات أن تقع عمن يصدر عنه كان الحج عن الغير خليقا بأن يؤخر في باب على حدة واعلم أن من صلى أو صام أو تصدق فجعل ثواب ذلك لغيره جاز ذلك عند أهل السنة وقال بعض أهل العلم لا يجوز لقوله تعالى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى وهذا ليس من سعيه ولأن الثواب هو الجنة وليس لأحد أن يملكها لغيره لأنه ليس مالكا لها وقلنا لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعي الغير وله أن يصير ساعيا لغيره بأن يجعل استحقاقه الجنة لغيره وإذا ظهر هذا فقوله الأصل فيه أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله إشارة إلى أن ثواب الحج للآمر فيجعل المأمور كذلك وأما نفس الحج فهل يقع عن الآمر أو عن المأمور فيذكر بعد هذا ما هو ظاهر الرواية وغيره قوله بكبشين أملحين تثنية الأملح وهو الذي فيه ملحة وهي بياض تشوبه شعرات سود وهي لون الملح وكلامه واضح قوله في حالتي الاختيار والضرورة أي حالة الصحة والمرض لحصول المقصود وهو إيصال النفع إلى الفقراء قوله لا يحتمله أي لا يقبل النيابة قوله وهي المشقة بتنقيص المال يعني أن المرء كما يتحمل المشقة عند فعله بنفسه يتحملها أيضا عند فعل غيره إذا كان بماله والشرط العجز الدائم إلى وقت الموت لأن الحج فرض العمر وما هو كذلك لا يتعين بوقت معين وكلتا المقدمتين ظاهرة فالحج لا يعتبر القدرة على الأصل بطل الخلف قبل حصول المقصود بالخلف وقد حصل المقصود بالخلف وهو حصول المشقة بتنقيص المال فالجواب إنا لم نسلم أن في هذه المسألة مسائل الأصل والخلف وإنما قلنا بأن الحج مركب من أمرين أحدهما يحتمل النيابة والآخر لا يحتملها فعلنا بأحدهما عند القدرة فلم يجز النيابة وبالآخر عند العجز فجوزناها لكن شرطنا لكونه وظيفة العمر أن يكون العجز دائما إلى الموت واعترض بأن كونه وظيفة العمر لا يصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فإنه شرط جواز الفدية للشيخ الفاني عن الصوم والصوم ليس وظيفة العمر واشترط فيه العجز الدائم ولا يلزم أن كل ما يشترط فيه العجز الدائم يكون وظيفة العمر قوله وفي الحج النفل تجوز الإنابة حالة القدرة لأن ظاهر المذهب

أن الحج يقع عن المحجوج عنه يعني الآمر وبذلك تشهد الأخبار الواردة في هذا الباب فإنه صلى الله عليه وسلم قال للخثعمية حين قالت إن أبي شيخ كبير لا يستطيع أن يستمسك على الراحلة أفيجزيني أن أحج عنه فقال حجي عن أبيك واعتمري وعن محمد أن الحج يقع عن الحاج يعني المأمور وللآمر ثواب النفقة وصار إنفاق المأمور كإنفاق الآمر بنفسه ولكن يسقط أصل الحج عن الآمر لأنه عبادة بدنية حصل العجز عن فعله وكل ما كان كذلك قام الإنفاق فيه مقام الفعل كما في الشيخ الفاني فإنه لما عجز عن الصوم قام الفدية مقام الصوم فإن قيل الفدية ثبتت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليها غيرها فالجواب أنه ملحق بها بطريق الدلالة فإن الإنفاق إذا قام مقام الصوم وهو عبادة بدنية محضة فلأن يقوم فيما هو مركب من البدني والمالي أولى قال شيخ الإسلام وإلى هذا القول مال عامة المتأخرين قال ومن أمره رجلان الخ صورة المسألة ظاهرة وذهب الشارحون إلى أن الدليل غير مطابق للمدلول لأن المدلول قوله فهي أي الحجة عن الحاج ويضمن النفقة ودليله لأن الحج يقع عن الآمر ولا مطابقة بينهما كما ترى ثم قال صاحب النهاية ولكن هذا التعليل تعليل لحكم غير مذكور وتقدير الكلام ويضمن النفقة لأنه خالفهما وإنما لا يضمن النفقة إذا وافق أمر الآمر لأن الحج حينئذ يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام وههنا قد خالف فلا يقع الحج عن الآمر بل يقع عن المأمور فكان هذا التعليل تعليلا لما إذا وقع الحج عن الآمر وهو في صورة عدم مخالفة المأمور للآمر وتابعه على ذلك بعض الشارحين ولا أجاز ذلك مقصودا للمصنف لأنه قال بعد هذا ويضمن النفقة إن أنفق من مالهما لأنه صرف نفقة الآمر إلى حج نفسه فلو كان ذلك مراده كان هذا مستدركا وقال بعضهم زلت فيه أقدام الشارحين حيث لم يفهموا كلام المصنف وقالوا لا مطابقة بين الدليل والمدلول ولا يدل على التعليل المدعى ويجعل تقدير الكلام كما نقلنا ثم قال فأقول ليس الأمر كما ظنوا ولو تأملوا في هذا الموضع لما ذهبوا إليه بل المطابقة حاصلة بين الدليل والمدلول بيانه أن قوله فهي عن الحاج أي الحجة تقع عن الحاج وهو المأمور ويضمن النفقة لكل واحد منهما لأنه أنفق من مالهما لأن الحج المؤكد في هذه يقع عن الآمر من وجه بدليل أن الحاج لا يخرج عن حجة الإسلام ولكن كل واحد من الآمرين أمره بأن يخلصه له لا أن يأمر بالاشتراك فإذا نوى عنهما جميعا خالف الآمر فوقع الحج عن الحاج وضمن النفقة لوجود المخالفة هذا كلامه ولا أزيد على الحكاية فليتأمل فيه وأقول بتوفيق الله في تقرير كلامه الحج يقع عن الآمر كما في ظاهر الرواية حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام ولا يمكن ههنا إيقاعه عن الآمرين لأن كل منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك وليس أحدهما أولى من الآخر فلا يقع عنهما ولا عن أحدهما فيقع عن المأمور لكن كلامه لا يخلو عن إغلاق كما لا يخفى وهذا التعليل لقوله فهي عن الحاج وأما تعليل قوله ويضمن النفقة فذكره بقوله هذا فإن قيل إذا وقع عن الحاج فليجعل عن أيهما شاء كما إذا أهل عن أبويه فإن له أن يجعل عن أيهما شاء أجاب بقوله ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك أي بعد ما وقع لنفسه وبينه في الكتاب وهو واضح قوله لأن الملتزم هناك مجهول يعني أن جهالة الملتزم غير مانعة عن وجوب التعيين وأما جهالة من له الحق فهي مانعة لأن الإبراء عن المجهول جائز دون عكسه وجه الاستحسان أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لا مقصودا بدليل صحة تقديمه على وقت الأداء وهو أشهر الحج فاكتفي به أي بالإحرام المبهم من حيث إنه شرط لأن الشروط يراعى وجودها كيف ما كان ألا يرى أن رجلا إذا توضأ للتبرد جاز له أن يصلي به وحاصله أن المقصود الأصلي هو أداء الأفعال والتعيين في ابتدائه ممكن لأنه يقع على ما عين لا على الإبهام بخلاف ما إذا أدى ثم عين فإنه يقع على الإبهام ابتداء ثم التعيين يرد على ما مضى واستحكم فلا يعتد شيئا قال فإن أمره غيره بأن يقرن عنه فالدم على من أحرم رجل أمر رجلا أن يقرن عنه بحج وعمرة ففعل فالدم على المأمور لأنه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين

والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل صدرت منه وهذه المسئلة تشهد لصحة المروي عن
محمد ان الحج يقع عن المأمور وفيه نظر لجواز ان يكون المأخذ في كون الدم واجبا على المأمور كونه
نسكا كسائر المناسك وسائر المناسك على المأمور فكذا هذا لا كونه شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين
النسكين لانه مشترك الالزام من حيث انه لو كان كذلك لوجب على الامر لانه هو المتمتع بمنفعة القران
لسقوط حجة الاسلام عن ذمته مع فضيلة القران وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه وآخر بان يعتمر عنه
واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا يعني من قوله لانه وجب شكرا الى آخره واما قيد بقوله واذنا له بالقران
لانه اذا لم ياذنا له بذلك لا يجوز له ان يجمع بينهما لاجلهما فلو قرن كان مخالفا واعترض بان هذا الشرط
قوله فالدم عليه وجوبه عليه ليس بمختص باذنهما فانه لو قرن بغير اذنهما فالدم واجب عليه ايضا وبانه ان
خالف عند عدم الاذن يخالف الى ما هو خير وهو القران لانه افضل عندنا والمخالف الى خير غير ضامن
بانه اذا اذنا له بذلك كان مما يتوهم انه ضرر موضوع فيكون عليهما بخلاف ما اذا لم ياذنا فازال الوهم بقوله
واذنا له بالقران وبان خيرية القران انما هي بالنسبة الى الجامع بين النسكين لا الى الآمر ولهذا اذا كان
مأمورا بالحج وقرن عنه ابو حنيفة مخالفا ولم يعتبر ذلك **واجب** ودم الاحصار على الامر عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف على الحاج وحملها على ما ذكره في الكتاب واضح واعترض على قوله ان الآمر هو الذي ادخله
في العهدة بان الامر اذا امر بالقران فهو الذي ادخل المأمور في عهدة الدم ولا يجب عليه **واجب** بان
دم القران نسك وتحمل الامر النفقة بمقابلة جميع ما كان من المناسك وهو من جملتها بخلاف دم
الاحصار فانه لنسك ولم يكن معلوما عند الامر ايضا **قوله** لانه صلة الصلة عبارة عن اداء المال
لا يكون في مقابلة عوض مالي **قوله** وغيرها يعني النذور والكفارات **قوله** لانه وجب حقا للمأمور
يعني بادخاله الامر في هذه العهدة دينا على الميت والدين محله جميع المال **قوله** لان الصحيح هو المأمور
به اي الحج الصحيح هو المأمور به دون الفاسد فاذا افسد لم يقع ماموا به فكان فاعلا عن المأمور
فيضمن ما انفق على حجة من عام الغرم اذا قضى الحج في السنة الثانية على وجه الصحة لا يسقط به حج الميت
لانه لما خالف في السنة الماضية بالافساد صار الاحرام واقعا عن المأمور والحج الذي يأتي به في السنة
الثانية فضل ذلك الحج فكان واقعا عن المأمور ايضا **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه دم جناية وهو الجاني
عن اختيار مما ذكرنا علم ان الدماء الاتية انواع دم نسك كالقران والتمتع ودم جناية كجزاء الصيد ونحوه ودم
مؤنة كدم الاحصار قال في المبسوط كل دم يلزم المحجوج يعني الحاج عن الغير فهو عليه في ماله لانه ان كان نسكا
فاقامة المناسك عليه وان كان كفارة فالجناية وجدت منه وان كان دما بترك واجب فهو الذي ترك ما كان
واجبا فلهذا كانت هذه الدماء عليه الا دم الاحصار فانه في مال الآمر في قول ابي حنيفة ومحمد وقد ذكرناه
وقوله لما قلنا اشارة الى قوله وهو الجاني عن اختيار **قال** ومن اوصى بان يحج عنه صورة هذه المسئلة
رجل له اربعة الاف درهم اوصى بان يحج عنه فمات وكان مقدار الحج الف درهم فدفعها الوصي الى من يحج عنه
فسرق في الطريق قال ابو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال محمد ان بقي من
ثلث جميع المال وهو ثلث الف درهم وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ ما بقي من
الالف التي دفعها الا بطلت الوصية فلهذا وقال ابو يوسف ان الوصية محل نفاذها الثلث ولابي حنيفة
ان قسمة الوصي وعزله لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم
الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل وفي ذلك يحج من ثلث ما بقي فكذا في هذا هذا ما يتعلق بما
يحج به واما ما يتعلق بما يحج به من المكان فعلى الاختلاف المذكور في الكتاب وهو ايضا واضح واعترض بان الحديث
الذي استدل به لابي حنيفة ظاهر متروك لانه يقتضي ان لا يكون غير هذه الثلاثة من الاعمال منقطعا وليس كذلك

لانه يثاب عليه اذا مضت واعمالنا لم يشرع فيها فهي بعد معدومة واما ما شرع فيها ولم يتمها والطرفان لا يوصفان
بالانقطاع اما الاول فلان الماضي لا يحتمل الانقطاع لكن يحتمل البطلان بما يحبط ثوابه نعوذ بالله من ذلك
وكذلك الثاني لانه غير موجود وهذا لان الانقطاع عبارة عن تفرق اجزائه والماضي وجد بجميع اجزائه
لا يتصور فيه ذلك وكذلك الذي لم يوجد بجميع اجزائه فتعين الذي شرع ولم يتمه واما جواب ابي حنيفة
عما استدلا به من الكتاب والسنة فانه لا تعارض بين موجب الكتاب وموجب الخبر لان الكتاب مسوق
لحكم الآخرة والخبر لحكم الدنيا فيجوز انقطاع العمل من حيث حكم الدنيا ويبقى له ثوابه من حيث حكم الآخرة
كما اذا نوى الصوم في رمضان وصامه الى نصف النهار ومات وجب عليه الايصاء بفديته صوم هذا
اليوم كاملا من حيث حكم الدنيا وان كان هو مثابا في الآخرة بقدر ما صام من ذلك اليوم وكذا
اذا ادركه الموت في خلال الصلاة وكذا كل عمل صالح شرع فيه ولم يتمه وكذا الجواب عن الحديث الذي
رواياه قال في النهاية ثم تأخير تعليلهما عن تعليل ابي حنيفة يحتمل ان يكون لكون قولهما مختار المصنف لما ان
قولهما استحسان وقول ابي حنيفة قياس والمأخوذ في عامة الصور حكم الاستحسان **قوله** على ما قررناه
من قبل يريد به قوله لانه مشروع بجعل ثواب عمله لاحدهما الى آخره

باب الهدي

لما كثر دور لفظ الهدي فيما تقدم من المسائل نسكا وجزاء ومؤنة احتاج الى بيان الهدي وما يتعلق به من المسائل
وما لا يعلو وجوبه عن احدهما الاشارة كلامه واضح **قوله** وقد بينا المعنى فيما سبق يريد به قوله بعد
ذكر رواية ابن عباس ولان الجنابة اغلظ من الحدث **قوله** ولانه اعلى انواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه **قوله**
ويجوز الاكل من هدي التطوع يعني للمهدي والاغنياء اذا ذبح في محله على ما نذكره واما الفقراء فيجوز لهم
الاكل من جميع الهدايا **قوله** وحسا من المرقة اي شرب **قوله** ويستحب له ان يأكل منها لما لم يكن للجواز فيستحب
للاستحباب ذكره ثانيا بيانا للاستحباب ولو ذكر الاستحباب اولا استغنى عن بيان الجواز لجواز ان يستحب
اياه **قوله** لما روينا اشارة الى قوله انه صلى الله عليه وسلم اكل من لحم هديه وتحسى من المرقة فان الضمير في منها راجع
الى هدي المتعة والتطوع **قوله** وكذا يستحب ان يتصدق ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لا تأكل انت ورفقتك
منها شيئا انما نهاهم عن الاكل لانهم كانوا اغنياء **قوله** ولا يجوز ذبح هدي التطوع ظاهر ووجه الاحتجاج بقوله
تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم ان الله تعالى عطف قضاء التفث على الاكل من بهيمة
الانعام التي تذبح وقضاء التفث فيه **واجب** بان موجب ثم في التراخي يتحقق بالتأخر ساعة فلو جاز
الذبح قبل يوم النحر جاز قضاء التفث بعد ساعة وليس كذلك **قوله** لانه دم نسك اي كل واحد منهما دم
نسك ولهذا حل له التناول منه فتختص بيوم النحر كالاضحية **قوله** ويجوز ذبح بقية الهدايا ظاهر والفجاج
جمع الفج وهو الطريق الواسع بين جبلين **قوله** ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم يعني
بعد ما ذبحها في الحرم **قوله** ولا يجب التعريف بالهدايا اي الاتيان بها الى عرفات **قوله** على ما ذكرنا اشارة
الى قوله لانه انما وجب لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان به **قوله** والا فضل في البدن
النحر **قوله** ولا يقبل في تاويله الجزور يعني لحم الجزور وكلامه في الباقي واضح **قوله** نحر بيده
وسنن النحر بالتشديد كلها ما بين عقدتين وتحقق وعن المرداية من واحدة الى ثلاث والنخع الرشد موهي
والقتل ومنه يتخع ضربها بكسر الضاد **قوله** ومن ساق هدنا فعطب طاهر **طعترض** بانه ثم لا يكون

كالضحية الفقير فانها بعينه تطوع ومع ذلك وجب عليه لما ذكرنا اذا امسكت الشاة المشتراة بها حتى لو اشترى غيرها ثم وجد الضالة وجب عليه ذبحهما واجيب بان ذلك فيما اوجب الفقير بلسانه على نفسه في كل واحدة من الشاتين بعد ما اشتراها للاضحية حتى لو لم يفعل كذلك لا يجب عليه شيء بمجرد الشراء للاضحية قال في فتاوى قاضيخان لو اشترى الفقير شاة للاضحية فماتت او باعها لا يلزمه اخرى وكذلك لو ضلت والعيب الكثير هو ان يذهب الاكثر من الاذن عند ابي حنيفة وعندهما هو ان يذهب الاكثر من نصفها العطب بفتحتين الهلاك ومعنى عطبت البدنة اي قربت الى العطب وبهذا اخرج الجواب عما قيل هذا وقع مكررا لما قال اولا ومن ساق هديا فعطب لان ذلك في حقيقة العطب وهذا في الاشراف عليه والجزر بفتحتين اللحم الذي يأكله السباع **قوله** على ما تقدم اشارة الى ما ذكر قبل باب القران بقوله وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة

وجب عليه ذبحهما

مسائل منثورة

مسائل شتى

من عادة المصنفين ان يذكروا في آخر الكتاب ما شذ وندر من المسائل في الابواب السالفة في فصل على حدة تكثيرا للفائدة ويترجمونها بمسائل منثورة او مسائل متفرقة او مسائل شتى او مسائل لم تدخل في الابواب وصورة المسألة ان يشهد قوم انهم رأوا هلال ذي الحجة في ليلة كان اليوم الذي وقفوا فيه اليوم العاشر وكلامه واضح لا يقبل الشرح **قوله** ولكن اذا شهدوا عشية عرفة صورته ان الشهود شهدوا في الطريق قبل ان يلحقوا عرفات عشية عرفة وقالوا رأينا هلال ذي الحجة وهذا اليوم هو التاسع فان كان بحيث لا يلحق الوقوف في بقية الليل مع اكثر الناس لا تسمع هذه الشهادة ويقفون من الغد بعد الزوال لانهم لما شهدوا وقد تعذر الوقوف صار كانهم شهدوا بعد الوقت فلا تسمع وان كان يلحق الوقوف مع اكثر الناس ولكن لا يلحق الضعفة فان وقف جاز وان لم يقف فاته الحج لانه ترك الوقوف مع العلم والقدرة عليه لان المعتبر قدرة الاكثر دون الاقل ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى يعني التي تلي مسجد الخيف ثم جاء بعد الرمي في يومه فان اقتصر على رمي التي تركها اجزأه لانه اتى باصل الرمي في وقته وانما ترك المسنون من الترتيب وهذا نظير ما ان الطائف اذا دخل الحطيم في طوافه لا يشتغل له ذلك فان اعاد على الحطيم وحده اجزأه وان اعاد الطواف كله كان حسنا وقال الشافعي لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا ترتيبا صار به الثاني كالجزء من الاول بدليل انه اذا ترك الكل يجب دم واحد فلا يجوز التفريق فيما بينها قضاء وترك الترتيب فيها كتقديم السعي على الطواف او ابتدائها بالمروة قبل الصفا بخلاف الصلوات فان كل واحد منها قربة مقصودة بذاتها فلا يكون الترتيب بينها واجبا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها لتعلق كل منها ببقعة على حدة والتقدمة في باب الحج اصل فكان ما شرع فيه اصلا فلا يتعلق جواز البعض ببعض الا يرى انه لو اعاد مرتبا كان معتدا بالاتفاق بخلاف الصلوات فان النص فيها ناطق بان من صلى بلا ترتيب صلى قبل وقتها فلا تجوز **قوله** لانه دونه اي لان السعي دون الطواف يعني انحط مرتبة من الطواف لان الطواف فرض طواف الزيارة او من جنس الفرض طواف القدوم واما السعي فواجب على كل حال فكان دون الطواف فصلح ان يكون تابعا للطواف **قوله** والمروة عرفت منتهى السعي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ابدأوا بما بدأ الله بذكره اراد به قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله فلا يتعلق بها البداءة **قال** ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا اي ومن نذر ان يحج ماشيا وجب عليه ان لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وهو رواية الجامع الصغير وهو الصحيح وخير في الاصل يعني المبسوط بين الركوب والمشي بعد النذر لانه لو حج ماشيا لم ياتي بالركوب وراكبا افضل لكنه ورد فيه النص على ما ذكره فكان مخيرا **قوله** وهذا اشارة الى قوله لا يركب يعني رواية الجامع الصغير يقتضي

بخلاف

ترك

ترك الركوب على سبيل الوجوب لانه اخبر عنه بصيغة النفي وهو يدل على عدم المشروعية فكان الركوب غير مشروع وهو الاصل اي الموافق للقواعد لان من اوجب على نفسه شيئا على وجه الكمال لا يتأدى ناقصا والمشي في الحج صفة كمال قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال كل حسنة بسبعمائة وروي عن ابن عباس انه قال بعد ما كف بصره ما تأسفت على شيء كما تأسفت على ان لم احج ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة فقال يأتوك رجالا وعلى كل ضامر فصار كما اذا نذر بالصوم متتابعا لا يتأدى متفرقا واعترض بوجهين احدهما ان النذر لا يصح الا بما له نظير في المشروعات المفروضة اي الواجبة وليس للمشي نظير والثاني ان ابا حنيفة كره المشي في طريق الحج فما وجه ما ذكره في الكتاب فانه يناقض ذلك واجيب عن الاول بان له اصلا وهو ان المكي الفقير الذي لا يملك الزاد والراحلة والمكنة من المشي الى عرفات وجب عليه الحج ماشيا وعن الثاني بان ابا حنيفة ما كره المشي مطلقا وانما كره الجمع بين الصوم والمشي لانه اذا فعل ذلك لا يستطيعه فيجادل الجدال المنهي عنه **قوله** وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة يريد بالافعال الاركان لا مطلق الافعال فان رمي الجمار وغيره من افعاله **قوله** ثم قيل يعني ان محمدا لم يذكر في شيء من الكتب من اي موضع يلزمه المشي فاختلف المشايخ فيه فقيل يبتدئ من حين يحرم وعليه الامام فخر الاسلام والامام العتابي وغيرهما وقيل من بيته وعليه شمس الائمة السرخسي مما اليه المصنف وقال لان الظاهر انه هو المراد يعني انه هو المتعارف والعرف معتبر في النذر فاذا ثبت انه واجب فلو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه يدل على ذلك ما روي عن عقبة بن عامر الجهني انه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ان اختي نذرت ان تحج ماشية حافية فقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى غني عن تعذيب اختك فلتركب ولتهد لركوبها شاة وفي بعض الروايات ولتريق دما **قوله** قالوا يعني المشايخ بيان التوفيق بين رواية الاصل ورواية الجامع الصغير وروي عن الامام فخر الاسلام عن الفقيه ابي جعفر انه قال انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واما اذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب **قوله** ومن باع جارية محرمة ظاهر **قوله** وقد كان للبائع يعني على ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن ابي يوسف ان المولى اذا اذن للعبد في الحج فليس له ان يحلله لانه اسقط حقه بالاذن فصار كالعبد الا ان المشتري له ان يحلله لان الاحرام لم يقع باذنه **قوله** بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع فسخه جواب عن قياس زفر فانه قال لم يكن له ان يفسخ اذا كان باذنه لما ان النكاح حق الزوج فقد تعلق حقه به باذن المالك فلا يمكن للمالك فسخه وان بقي ملكه لتعلق حق الغير به كالراهن ليس له ولاية الاستمتاع بالمرهون لتعلق حق المرتهن به باذنه والمشتري قائم مقامه بعد الشراء فلذلك لا يكون له حق الفسخ ايضا واما ههنا فقد اجتمع في الجارية حقان حق الله في الاحرام وحق المشتري في الاستمتاع فيقدم حق العبد لحاجته على حق الله لغناه **قوله** وذكر في بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير والجامع يعني للمشتري ان يحللها اي يجامعها وباقي كلامه ظاهر

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدأ من بينها بالنكاح لان فيه مصالح الدين والدنيا ولذا اشتهرت في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار وما اتفق في حكم من

احكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع فاما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهرة واما دواعي العقل فانه كل عاقل يحب ان يبقى اسمه ولا ينمحي رسمه وما ذاك غالبا الا ببقاء النسل واما الطبع فان الطبع البهيمي من الذكر والانثى يدعو الى تحقيق ما اعد من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ولا مزجرة فيها اذا كانت باذن الشرع وان كانت بدواعي الطبع بل يوجر عليه بخلاف سائر المشروعات والنكاح في اللغة عبارة عن الوطي ثم قيل للتزوج نكاح مجازا لانه سبب له وقيل هو مشترك بينهما وفي الاصطلاح عقد وضع لتمليك منافع البضع وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وشرطه الخاص حضور شاهدين لا ينعقد الا به بخلاف بقية الاحكام فان الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا للانعقاد وشرطه العام الاهلية بالعقل والبلوغ والمحل وهي امراة لم يمنع عن نكاحها مانع شرعي وركنه الايجاب والقبول كما في سائر العقود والايجاب هو المتلفظ به اولا من اي جانب كان والقبول جوابه وحكمه ثبوت الحل عليهما ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الاختين وهو في حالة التوقان واجب لان التحرز عن الزنا واجب وهو لا يتم الا بالنكاح وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وفي حالة الاعتدال مستحب وفي حالة خوف الجور مكروه

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول وقد ذكرت معنى الانعقاد في كتاب البيوع على ما سبق **قوله** يعبر بهما اي بلفظ ويبين لان التعبير للبيان قال الله تعالى ان كنتم للرؤيا تعبرون اي تبينون وانما اختير لفظ الماضي لا الانشاء وهو الاتي الذي ليس للتقسيم خارج تطابقه او لا تطابقه لانه ادل على التحقيق والثبوت فكان ادل على قضاء الحاجة وقوله على ما نبينه يعني في اول فصل الوكالة في النكاح **قوله** وينعقد بلفظ النكاح يريد بيان الفاظ ينعقد بها النكاح وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان ما ينعقد بغيره مثل التمليك مثلا فاما ان ينعقد به من حيث الحقيقة او من حيث انه مجاز لا سبيل الى الاول لانه لو كان حقيقة كان التمليك والتزويج مترادفين وليس كذلك اذ التمليك يوجد بغير نكاح ولا الى الثاني لعدم المناسبة بينهما لان التزويج نفاق بين شيئين ولهذا يقال لاحدهما بالاخر اذا ضمت بينهما بالخياطة والنكاح للضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا فلا مناسبة بينهما وقلنا المناسبة بينهما موجودة لان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة سبب لملك المتعة اذا صادف محل المتعة والسببية طريق المجاز وقيد بقوله في محلها احترازا عن تمليك الغلام والبهائم والاخت الرضاعية والامة المجوسية فانها ليست بمحل لملك المتعة **واعترض** بانه تملك الرقبة اذا ورد على ملك النكاح افسده فكيف يثبت النكاح **واجيب** بان افساده النكاح ليس من حيث تحريم الوطي لا محالة بل من حيث ابطال ضرب ما لكيته لها في موجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع من العزل وحينئذ لا منافاة بين ما يثبته وينفيه بطريق الاستعارة **قوله** وينعقد بلفظ البيع يعني بان تقول المراة بعتك نفسي او قال ابوها بعتك ابنتي بكذا وكذا بلفظ الشرا بان قال الرجل لامراة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم اشار اليه محمد في كتاب الحدود **قوله** هو الصحيح احترازا عن قول ابي بكر الاعمش انه لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال في المملوك بالنكاح ليس بمال ووجه الصحيح هو طريق المجاز **قوله** ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح احترازا عن قول الكرخي انه ينعقد بها لان المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة وان جعل في حكم العين وقد سمى الله تعالى العوض اجرا في قوله تعالى فاتوهن اجورهن وذلك دليل على انه بمنزلة الاجارة ووجه الصحيح ان الاجارة لا تنعقد شرعا الا موقتة والنكاح لا ينعقد الا مؤبدا فكان بين موجبيهما تناف فلا تجوز الاستعارة وقال المصنف لانه ليس بسبب لملك المتعة لعدم افضائه اليه ولا بلفظ الاباحة والاحلال لانه لا يوجب ملكا اصلا

فان

فان من احل لغيره طعاما اذا اباحه له لا يملكه فانها بيانه على ملك المبيح ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح الى ما بعد الموت لم يصح لان ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامراتين عدولا كانوا او غير عدول اما اشتراط الشهادة فلقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود **واعترض** بانه خبر واحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغيره من الايات وبه **واجاب** الامام فخر الاسلام بان هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة به على كتاب الله وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الشهادة حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان والمجانين صح ولو امر الشاهدين ان لا يظهروا العقد لم يصح لقوله صلى الله عليه وسلم اعلنوا النكاح ولو بالدف **والجواب** ان الاعلان يحصل بحضور الشاهدين حقيقة واما اشتراط الحرية فلان العبد لا شهادة له لعدم الولاية والشهادة من باب الولاية **واعترض** بان الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء او ابى وذلك انما يحتاج اليه عند الاداء وكلامنا في حالة الانعقاد فكما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبدين اذ الولاية لا مدخل لها في هذه الحالة **واجيب** بان الاداء تحتاج الى ولاية متعدية وليست بمرادة ههنا فانما المراد بها الولاية القاصرة تعظيما لخطر امر النكاح كاشتراط اصل الشهادة وكذلك اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام قال المصنف لانه لا شهادة للكافر على المسلم يعني انه من باب الولاية ولا ولاية له على المسلم وفيه النظر الذي مر انه ليس المراد به الاداء حتى تكون الولاية شرطا **والجواب** انا قد ذكرنا ان الشهادة وصفة الشاهدين انما كانت تعظيما ولا تعظيم لشي بسبب حضور الكفار ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامراتين خلافا للشافعي وقد علل المصنف بيان ذلك في الشهادات ونحن نا تعناه في ذلك وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافا للشافعي هو يقول الشهادة من الكرامة لان في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير اكراما له لا محالة والفاسق من اهل الاهانة بحرمته ودليله تم بان يقول والفاسق ليس من اهل الكرامة ولكن علل عنه المصنف بما ذكر لانه يستلزم ذلك وفيه تصريح بانه يستحق ما هو اعظم من ترك الاكرام وهو الاهانة ولنا ان الفاسق من اهل الولاية على نفسه حتى ان له ان يزوج نفسه وعبده وامته ويتصرف فيما يتعلق بنفسه من العقار وغيره وكل من هو من اهل الولاية فهو من اهل الشهادة لان الشهادة من باب الولاية **فان قيل** الولاية على نفسه ولاية قاصرة فلا تستلزم ان من كان من اهل الولاية على نفسه كان من اهل الشهادة لانها متعدية الى الغير اجاب بقوله وهذا اشارة الى انه من اهل الشهادة لكونه من اهل الولاية بعضه لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لم يحرم على غيره لانه من جنسه كما ان اهل الذمة لهم ولاية على انفسهم فلهم الولاية على غيرهم من اهل الذمة لانه من جنسهم ... وهذا بناء على ان الفسق لا يخرج المرء من اهلية الشهادة على الاداء وفيه الالزام فلان لا يخرج عنه على الانعقاد ولا الزام فيه اولى ولايته صح تقليدا كالحجاج وغيره فان الائمة بعد الخلفاء الراشدين كانوا لا يخلو واحد منهم عن فسق فيصح تقليدا اي قاضيا فكذا شاهدا لان الشهادة والقضاء من واد واحد وفي عبارته تسامح لانه يفهم منه ان يكون اهلية الشهادة مترتبة على اهلية القضاء وقد ذكرنا في كتاب ادب القاضي ان اهلية القضاء مستفادة من اهلية الشهادة ولو كان ان يحسن لا يقال لكون ان يكون مترتبا على مقلده لان اهل السلطنة ليست مستفادة من اهلية الشهادة لان عكسه كذلك والجواب المعنى كلامه اذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هي اعم ضررا فلان لا يمنع عن ولاية عام الضرر اولى اخصه

اولى والترتيب على هذا الوجه غير خافٍ في الصحة ولو قال الفاسق من اهل الولاية العامة بلا خلاف فيصلح
شاهداً على الانعقاد لانه لا الزام فيه وكانت الولاية قاصرة لكانه اسهل تاتيا وتنعقد بحضور المحدودين
في القذف لانه من اهل الولاية على نفسه فيكون من اهل الشهادة تحملاً **فان قلت** النكتة المذكورة
في الفاسق ان لا يقتضي ان يكون المحدود في القذف شهادة متعدية على غيره فكانت منقوضة **قلت**
كان كذلك لولا النص القاطع **قوله** فانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان
معذرة عن عدم قبول شهادة المحدود في قذف بعد ما كان من اهل الولاية كالفاسق ويجوز ان يكون جواباً
عن السؤال الذي ذكرنا في الفاسق اسهل ملخصاً **قال** وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز لان السماع كلام العاقدين من الايجاب والقبول في
النكاح شهادة وهذا ظاهر لانه لا نريد من الشهادة على النكاح الا ذلك ولا شهادة للكافر على المسلم
فهذا بلا اتفاق فكانهما لم يسمعا كلام الزوج ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات
الملك وتركيب الحجة هكذا الشهادة في النكاح شهادة على ما ورد من المصنف المقدمة الاولى بقوله
لوروده على محل ذي خطر وتقريره ان الشهادة في النكاح حال الانعقاد اما ان يكون لاثبات ملك
المتعة عليها اباحة لخطر المحل او لاثبات ملك المتعة عليها الا الشهادة فان الولي ليس بشرط عند
واذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدين وشهادة اهل الذمة
على الذمية جائزة **قوله** بخلاف ما اذا لم يسمعا جواب عن قياس محمد وزفر وتقريره الشهادة في النكاح
شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما فاذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد ومن امر رجلاً
ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها بحضرة رجل واحد لا يخلو اما ان يكون الاب حاضراً او غائباً
فان كان حاضراً جاز النكاح لان الاب يجعل مباشراً للعقد فيكون الوكيل شاهداً لاتحاد المجلس ضرورة
ان يكون العقد الواقع من المأمور حقيقة كالواقع من الامر حكماً
لكون الوكيل في باب النكاح سفيراً ومعبراً وان كان غائباً لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب
مباشراً مع حضوره في مجلس المباشرة قال في النهاية هذا تكلف غير محتاج اليه في المسئلة الاولى لان
الاب يصلح ان يكون شاهداً في باب النكاح فلا حاجة الى نقل المباشرة من المأمور الى الامر حكماً وانما
يحتاج اليه في المسئلة الاخرى وهي ما اذا زوج ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد فان كانت حاضرة
جاز بنقل مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها وان كانت غائبة لم يجز لان
الشيء انما يعتد به لو تصور تحقيقه فاقول الذي انه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج الى ذلك
التكلف وذلك لان الاب اذا كان حاضراً لا يصلح ان يكون شاهداً في نكاح امرأة به لان الوكيل سفير
ومعبر فكان الاب هو المزوج ولا يجوز ان يكون المزوج شاهداً واذا انتقل اليه المباشرة ايضاً
صار هو المزوج من كل وجه فان يكون الوكيل شاهداً وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين
العبد مباشراً العقد او وكيلاً مع الرجل شاهدين كما لو باشر المولى عقد تزوج العبد عند حضوره
العبد مع رجل اخر فانه يجوز **واجيب** بان العبد لما كان من اهله حتى ينتقل مباشرة الوكيل اليه
وبقي شاهداً بنفي الوكيل على حاله مزوجاً بخلاف ما اذا باشر المولى بحضرة العبد فان العبد لما كان
يجعل مباشراً النكاح بنفسه والمولى شاهداً فيكون النكاح بحضرة شاهدين لا ينقل المولى ليس بوكيل
عن العبد فكيف ينتقل مباشرته اليه لان العبد لما كان لا بمنزلة الموكل بخلاف ما اذا كان العبد
غائباً لعدم امكان مباشرته قلنا ان الشيء انما يعتد به لو تصور تحقيقه والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في بيان المحرمات

لما كانت من بنات آدم من احرجها الله تعالى عن محلية النكاح بالنسبة الى بعض بني آدم احتاج الى
ذكرها في فصل على حدة لو اسبابها حرمتهن يتنوع الى تسعة انواع القرابة والمصاهرة والرضاع والجمع
وتقديم الحرة على الامة وقيام حق الغير من نكاح او عدة والشرك وملك اليمين والطلقات الثلاث في
وكل ذلك مذكور في الكتاب لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى
حرمت عليكم امهاتكم ودلالته على حرمة الام ظاهرة واما على حرمة الجدات فباعتبار ان الام في اللغة
هو الاصل يقال لمكة ام القرى فيكون دالاً عليها باعتبار معنى يعمها لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة
والمجاز او ثبتت حرمتهن بالاجماع وهذان المسلكان يسلك بهما في كل ما فيه معنى الفرعية ايضاً كالبنات
وبناتها وبنات الابن بنات كذلك والاخت وبناتها وبنات الاخ والعمات والخالات متفرقة كانت
او غيرها لتناولها النص لجهة عموم الاسم هذا فيما يتعلق بالقرابة وتحرم ام امرأته وان كانت
مدخولاً ولم يكن مدخولاً لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول وتحرم بنت امرأته التي
دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وليس كونها في الحجر
شرطاً قال المصنف لان ذكر الحجر يعني في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم خرج مخرج العادة فان العادة
ان يكون البنات في حجر زوج امها غالباً اي في تربيتها لا على وجه الشرط واستوضح ذلك بقوله ولهذا
اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول فلم يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم يقل فان لم تكونوا دخلتم
بهن ولسن في حجركم فان الاباحة يتعلق بضد ما يتعلق به الحرمة **واعترض** بانه يجوز ان يكون الحرمة
متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم ينتفي الحرمة بانتفاء احدهما لان الشيء ينتفي بانتفاء
الجزء فلم يكن ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول دليلاً على ان الحرمة غير متعلقة بالحجر **واجيب**
بان العادة في مثله نفي الوصفين جميعاً او نفي العلة مطلقاً لا نفي احدهما والسكوت عن الاخر الا ترى ان
لا يجري حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة من هذين البدلين لانهما لم يوجد فيه الجنسية او لم يوجد
القدر مع الجنس ويقال لم يوجد علة الربوا وليس بعرفي تحرم امرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا
تنكحوا ما نكح آباؤكم فان دلالته على الاب ظاهرة وعلى الجد باحد الطريقين اما ان يكون المراد بالاب
الاصل لغة او بالاجماع كما بينا ولا يخلو اما ان يكون المراد بالنكاح انه كان هو الوطء
فيكون العقد ثابتاً بدلالته وان كان المراد به العقد فالوطء ثابت بطريق الاولى وتحرم امرأة الابن
نسباً ورضاعاً وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم فحليلة الابن وضع
زوجة حرام على الاب سواء دخل بها الابن او لم يدخل لاطلاق النص عن الدخول واما حليلة بن الابن
فباعتبار ان المراد بالابن هو الفرع فكانه قال وحلائل فروعكم بينا ذلك وحليلة ابن الابن وابن البنت
بعمومه او بالاجماع ولا تحل حليلة الابن من الرضاع والدليل على ذلك ان التبني انتسخ بقوله
تعالى ادعوهم لآبائهم وقصته ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد
ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله تعالى التبني بقوله تعالى ادعوهم
لآبائهم ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه
وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة ويحرم ام الرجل من
الرضاعة واخته منها لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله صلى الله عليه

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا ما يتعلق بالرضاع ويحرم ان يجمع الرجل بين الاختين بنكاح او بملك
يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين على الاطلاق وهي حكمهما الى كل امرأتين لو فرضت احديهما
ذكرا حرمت الاخرى عليه بعلة قطيعة الرحم سواء كانتا من النسب او الرضاع ومن له امة فتزوج باختها جاز
سواء كان وطئ الامة او لم يطأها لانه صدر من اهله وهو واضع مضافا الى محله لان الاخت المملوكة ليست
باب الاستخدام وهو لا يمنع نكاح الاخت ثم ان كان وطئ الامة لا يطأها بعد ذلك ولا يطأ المنكوحة بعد
لان المنكوحة موطوءة حكما فوطئ الامة يكون جمعا بين الاختين بوطء احديهما حقيقة والاخرى حكما **واعترض**
عليه بان النكاح لو كان قائما مقام الوطئ حتى يصير المنكوحة موطوءة حكما وجب ان لا يجوز هذا النكاح
كيلا يصير جامعا بينهما وطئا كما قال به مالك **واجيب** بان نفس النكاح ليس بوطئ حتى يصير جامعا بينهما
وانما يصير وطئا بعد وجود ثبوت حكمه وهو حل الوطئ فلا يكون وطئ الامة مانعا عن النكاح ولا يطأ المنكوحة
ايضا للجمع بينهما الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والهبة ونحوه لان ذلك الوطئ
حكما حتى لو اراد ان يبيع يستحب له الاستبراء لئلا يصير جامعا بينهما وطئا حقيقة وبالتحريم على نفسه يبطل
حكم ذلك الوطئ لزوال المعنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكما الا ترى انه يحل لزوجها ان يغشاها فيحل
له ان يطأ المنكوحة لعدم الجمع وان لم يكن وطئ المملوكة جاز له ان يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئا اذ
المرقوقة ليست موطوءة حكما **قوله** فان تزوج اختين في عقدتين لا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما
قيد بعقدتين لانه لو تزوجهما في عقد واحد كان النكاح باطلا للجمع بين الاختين فلا يستحقان شيئا
من المهر وقيد بقوله ولا يدري ايتهما اولى لانه لو علم ذلك بطل نكاح الثانية **قوله** لان نكاح احديهما
باطل بيقين يعني من كانت اخرهما في الواقع ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ يعني
الى تصحيحه في احديهما بغير عينها لعدم الفائدة وهي حل الوطئ لان الزوج لا يتمتع مع الجهالة او للضرر
يعني في حقها لان كلا منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فتعين التفريق **وطولب** بالفرق بين
هذا وبين ما اذا كان لرجل اربع نسوة طلق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فانه يؤمر بالبيان ولا يفرق
بينه وبينهن **واجيب** بان الفارق تمكن الزوج ثمة من دعوى ثلاث منهن باعيانهن لان نكاح كل واحدة منهن
كان بيقين وليس بمتمكن فيه شئ من نكاحهما كذلك فلا يتمكن من دعوى النكاح في احديهما متمسكا باليقين
فيفرق بينهما **قوله** ولهما نصف المهر يعني بينهما نصفان لانه وجب للاولى منهما كما قلنا وليس احديهما
باولى بكونها اولى لجهالة الاولوية وفي بعض النسخ بالاولوية فينصرف اليهما **قوله** وقيل لا بد من دعوى كل
واحدة منهما قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله لا بد ان تدعي كل واحدة منهما انها هي الاولى واما اذا قالت
لا ندري اي النكاحين كان اول لا يقضى لهما بشئ حتى يصطلحا لان الحق للمجهولة فلا تتمكن من الدعوى او الاصطلاح
ليقضى لهما وصورة الاصطلاح ان يقولا عند القاضي لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على اخذ
نصف المهر فيقضي القاضي **قال** ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اختها لقوله صلى
الله عليه وسلم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اختها رواه ابن عباس وجابر رضي الله
عنهما كذا في النهاية وذكر الترمذي في جامعه انه رواه علي وابو هريرة وابن عمر وابو سعيد وعبد الله
بن عمرو وابو امامة وجابر وعائشة وابو موسى وسمرة بن جندب رضي الله عنهم وهو مشهور
تلقته العلماء بالقبول [illegible] **فان قيل** ما فائدة التكرار والحكم واحد بصيغتين مختلفتين في موضعين فان
المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمتها هو ان لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المرأة وبين عمتها هو عين جمع
المرأة بينها وبين بنت اخيها وكذا ان الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة اختها **اجيب**
بان شمس الائمة السرخسي رحمه الله قال ذكر هذا النهي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم او لازالة

الاشكال

فيه ان ذلك صريح بعض المالكية سعد افندي

قوله وبالتحريم الاول فيجب فانه كان ينبغي ان يجب تحريم الموطوءة على نفسه عقيب النكاح بسبب من الاسباب كيلا يلزم الجمع فليتامل فانها وطئت حكما في الحقيقة ولا يمنع الجمع فيها سعد افندي

الاشكال لانه ربما يظن ظان ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز
لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين رسول الله صلى
الله عليه وسلم ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال ولقائل ان يقول في عبارة المصنف
تسامح لانه قال وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله وهذه العبارة انما تستعمل في تقييد
المطلق على ما لا يخفى من المحصلين وما نحن فيه ليس كذلك لان قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم
عام وهذا الحديث يخصصه فكان جاريا على اصطلاح التخصيص خص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص
المقارنة عندنا ولا توجد وليست بمعلومة ويمكن ان يجاب عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ اخص
يجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم مجاز شايع فكانه قال يجوز نسخ
الكتاب به ولا نزاع في ذلك لانه مما يتطرق اليه الاحتمال بالنسخ مرة فان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
نسخ عموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم [illegible] لئلا يتكرر النسخ فان قيل ينسخ بخبر مشهور على ما بينا
ما ذكرناه ولا باس بنقلها لعلو ما في النهاية وهذا الموضع من كلام المصنف فيه الحاق المتقين ان كان القواعد
الاصولية على ما ذكرنا **قوله** ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج
بالاخرى وهو ظاهر ثابت بدلالة الحديث الذي كان بحثنا فيه لان الجمع بين المرأة وعمتها انما حرم لافضائه الى
قطيعة الرحم المحرم وهو موجود فيما نحن فيه ولا عليك ان تجعله ثابتا بدلالة قوله تعالى وان تجمعوا
بين الاختين كما قدمته وهو اولى **قوله** ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع ظاهر **قوله** لما روينا
اشارة الى قوله يحرم من الرضاع الحديث **قوله** ولا باس بان يجمع بين امرأة الخ ونسبه في المبسوط
قول زفر وهذا الى ابن ابي ليلى **قوله** لان تصور ذلك من كلا الجانبين يعني كما كان في الاختين كذلك لان ذلك
هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب ان يكون الفرع على وفاق الاصل وقد صح ان عبد
الله بن جعفر جمع بين امرأة علي رضي الله عنه وبنته وهذا لما يتعلق بالتحريم بسبب الجمع **قال**
ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وابنتها لما فرغ من بيان المحرمة بسبب الجمع اراد ان يبين ان الزنا يوجب حرمة
المصاهرة او لا وذكر الخلاف وقال الشافعي رحمه الله الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فانها تلحق الاجانب
بالمحارم وكل ما هو نعمة لا ينال بالمحظور لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه ولنا ان الوطئ سبب الحرمة
بتوسط الولد جزء من هو منه والاستمتاع بالجزء حرام اما ان الولد جزء من هو منه فلان سبب الجزئية
موجود وهو الوطئ فانه سبب الجزئية بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين بسبب الولد حتى
يضاف الى كل واحد منهما كملا فانه يقال ابن فلان وابن فلانة فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وبالعكس
اصوله وفروعه كاصولها وفروعها **فان قيل** لو كان كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة
لانها صارت جزء الواطئ **اجاب** بقوله والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة
لانها لو قلنا بالحرمة فيها لحرمت المرأة بعد ما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لانه ما شرع
الا للتوالد والتناسل فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة منفيا بها وذلك خلف باطل واما ان الاستمتاع بالجزء
حرام فلان اول الانسان ادم عليه السلام وقد حرمت عليه بناته فهو الاصل في حرمة الجزء واستثناء
موضع الضرورة وهي امرأته **قوله** والوطئ محرم من حيث انه سبب الولد جواب عن قوله حرمة المصاهرة
نعمة فلا تنال بالمحظور وبيانه ان الوطئ ليس سبب الحرمة من حيث ذاته حتى يعتبر المناسبة بينه وبين
الحكم بالمشروعية ولا من حيث انه زنا وانما هو سبب لها بالولد القائم مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا
معصية في السبب لانه اي الولد لا عدوان تضاف اليه بذلك لا فعال ولا عصيان له والشئ اذا قام مقام
غيره يعتبر فيه صفة اصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم **قوله** ومن مسته امرأة بشهوة بيان ان

الاسباب الداعية الى الوطء في اثبات الحرمة كالوطء في اثباتها قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى وقيل المسألة اذا صدق الرجل المرأة انها مسته عن شهوة ولو كذبها وقع في اكبر رأيه انها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي ان لا يحرم عليه امها وبنتها **فان قيل** ذكر مسألة الدواعي مكررا لان نفس الوطء الحرام اذا لم يوجب الحرمة عند الشافعي فلان لا يوجب دواعيه اولى **اجيب** بانه انما كانت تكرارا ان لو كانت مصورة في الحرام فقط وليس كذلك بل هي في الحلال مثلا ان مست امة مولاها كذلك غيرنا لم نميز بين الحرام والحلال في شمول وجوب الحرمة والشافعي في شمول العدم في الحلال لما ذكر في الكتاب ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال وكل ما ليس في معنى الدخول لا يلحق بالدخول لان الملحق لا بد وان يكون في معنى الملحق به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطء والسبب الداعي الى الشيء يقوم مقامه في موضع الاحتياط وهذا لانا وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء بالاحتياط في حرمة الابضاع الا يرى انه اقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكاة ومنع قبول الشهادة فاقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطا **ونقض** بالصوم والاحرام ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطء **ونوقض** بان ما ذكرتم لو كان صحيحا قام النظر الى جمال المرأة مقام الوطء في ثبوت الحرمة لكونه سببا داعيا اليه **والجواب** ان النظر الى الفرج المحرم هو ما يكون نظرا الى داخل الفرج بان كانت متكئة وهو لا يحل الا في الملك والظاهر من ذلك انها لا تكون على هذه الحالة الا في خلوة عن الاجانب فنظر يعقبه هذا بخلاف النظر الى الجمال الحلال في الملك وغيره حكم ملاءة هل يكون في كونه داعيا الى الوطء دعوة نظر ذلك اليه اولى [illegible] وحرف المس بشهوة بان تنتشر الآلة يعني اذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس او تزداد انتشارا اذا كانت منتشرة قبل ذلك **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول كثير من المشايخ قال في الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار وجعلوا حد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها واشار المصنف في التجنيس الى قول السرخسي وشيخ الاسلام قال في النهاية وهذا اذا كانت شابة قادرا على الجماع فان كان شيخا او عنينا فحد الشهوة ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك او يزداد الاشتهاء ان كان متحركا وهذا اقرب وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الآلة وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين الذي ماتت شهوته حتى لا يتحرك عضوه بالملامسة وهو اقرب الى الفقه **قوله** والمعتبر النظر ظاهر ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة وكان يفتي به شمس الاسلام الاوزجندي **ووجهه** ان المس بشهوة يثبت الحرمة فهذه الزيادة ان كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خلافا فيها والذي اختاره المصنف في الكتاب هو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام فخر الاسلام وقد نص محمد رحمه الله في باب اتيان المرأة في غير ما تاتيها من الزنا ذات ان الجماع في الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا النظر الى موضع الجماع من الدبر بشهوة وهذا اصح لما تبين انه اي المس بالانزال غير مفض الى الوطء والمس المفضي اليه هو المحرم ومعنى قولهم المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالانزال فوات الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفا الى ان يتبين بالانزال فان انزل لم تثبت والا ثبتت لا ان يكون معناه ان حرمة المصاهرة تثبت بالمس ثم بالانزال تسقط لما تثبت من الحرمة لان حرمة المصاهرة اذا ثبتت لا تسقط ابدا واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي اذا كانت العدة عن طلاق بائن كالطلاق على مال او ثلاث جاز لان انقطاع النكاح بالكلية لان القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال اذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا بد من اعماله واعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد **ولنا** انا لا نسلم انقطاع النكاح

بالكلية

بالكلية فان النكاح الاول قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع من الخروج والفراش وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت النسب منه فان هذه كذلك ما دامت في العدة لا نزاع في بقاء هذه الاحكام سوى النفقة ولانه لكونها مرتبة على النكاح فلو لم يكن النكاح قائما بحال العدة لخلو الحكم عن علته وهو باطل واذا كان النكاح قائما كان العمل بالقاطع متاخرا كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد فلو جاز نكاح الاخت في العدة لزم الجمع بين الاختين وهو حرام **قوله** والحد لا يجب جواب عن قوله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد **ووجهه** انا لا نسلم وجوبه على اشارة كتاب الطلاق فالمعتدة عن طلاق قد جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره وفي قوله لا يثبت نسبه منه اذا انكره دليل على انه لو ادعى يثبت نسبه منه ففيه اشارة الى ان الوطء في العدة من طلاق ثلاث لا يكون زنا اذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وان ادعى ولئن سلمنا ذلك بناء على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال ان من طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فذلك باعتبار ان الملك في حق الحل قد زال فيتحقق الزنا ووقوع الوطء في غير الملك فلم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لانا قد اتفقنا على بقاء المنع من الخروج والفراش ولم يكن ذلك الا باعتبار الحكم ببقاء النكاح فقلنا ببقائه في حق التزوج بالاخت احتياطا في التحرز عن الجمع بين الاختين **قال** ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها خلافا لنفاة القياس استدلوا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله تعالى من ما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات **ولنا** ان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين يعني كما انه يجب للزوج على الزوجة حق يقتضي مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطئها ودواعيه شرعا والمنع عن الخروج والبروز والتصدر فكذلك يجب لها عليه حق يقتضي مالكيتها عليه كطلب النفقة والكسوة جبرا والسكنى والقسم والمنع عن العزل والقيام بمصالحها الراجعة الى الزوجية وكان النكاح مشروعا لايجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما فكان كل واحد منهما مالكا ومملوكا وبينهما منافاة لان المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي المقهورية ولا خفاء في التنافي بينهما **واعترض** بانهما من جهتين مختلفتين ولا تنافي حينئذ **واجيب** بمنع اختلاف الجهة بان كون المرأة مالكة بجميع اجزائها انما هو بالنسبة الى العبد وكونها مملوكة ايضا انما هو بالنسبة الى العبد فلم تختلف الجهة ولقائل ان يقول المرأة بجميع اجزائها مالكة للعبد بجميع اجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعها فجاز ان تملك العبد بالنكاح على منافع بضعها لان النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا ولا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث اجزاؤها فاختلفت الجهة وانتفى التنافي **والجواب** انا لا نسلم انها لا تملك منافع بضعه فانها تعتق على ابدالها بالاجزاء والجملة من غير ضمان يلحقها فكان العبد مملوكا من حيث نزعين مالكا فاتحدت الجهة وتحقق التنافي واما الجواب عما استدل به نفاة القياس من الآية فالجواب عنها قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم واماءكم خاطب الله تعالى الموالي بانكاح الاماء لا بنكاحهن **فان قيل** الآية ساكتة عن بيان نكاحهن والساكت ليس بحجة **فالجواب ان الموضع** موضع بيان ما يحل من امر النكاح والسكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب قال المصنف اي العفائف فسره بذلك احترازا عن قول ابن عمر رضي الله عنهما فانه فسرها بالمسلمات وليست العفة شرط جواز النكاح وانما ذكرها بناء على العادة بدلالة العرف **ووجه** الاستدلال ان الله تعالى قال اليوم احل لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي واحل لكم المحصنات من المؤمنات والمحصنات من

الذين اوتوا الكتاب حل لكم بلا اختلاف في ذلك انه من المؤمنات على الحل ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة
على ما نبين من بعد يعني بعد اسطر حيث قال ويجوز تزوج الامة ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله
صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في
اعطاء الامان باخذ الجزية منهم رواه عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ولا يجوز تزوج الوثنيات
لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وهو بعمومه يتناول الوثنية وهي من تعبد الصنم **واعترض**
اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى
المسيح ابن الله الى قوله سبحانه عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم المشرك يقع على
اهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح الكتابيات وقد بين المصنف
جوازه مستدلا بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب **والجواب** ان الله عطف المشركين
على اهل الكتاب في قوله ولتسمعن من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين اشركوا اذى كثيرا
وفي قوله لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة وقوله
عما يشركون استعارة تصريحية تبعية وذلك لانه شبه اتخاذهم الاحبار والرهبان اربابا باشراك
المشركين وسرى ذلك الى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف في علم البيان **فان قيل**
اتخاذهم ذلك اربابا عين الشرك لا مشبه به **قلت** الاستعارة التصريحية فانهم لم يجعلوهم اربابا
حقيقة وانما كانوا يعظمونهم تعظيم الارباب **فان قلت** فما تقول في تاويل ابن عمر رضي الله عنه لقوله
تعالى والمحصنات من المؤمنات باللاتي اسلمن من اهل الكتاب **قلت** لسنا ناخذ به لعرائه اذ ذاك
عن الفائدة فان غير الكتابية ايضا اذا اسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة رضي الله عنه انه
تزوج بيهودية وكذا عن كعب بن مالك رضي الله عنه **قال** ويجوز تزوج الصابئات ان كانوا يؤمنون
بدين نبي الصابئة من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا
الكواكب وذكر في الصحاح انهم جنس من اهل الكتاب والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين
قوله والخلاف المنقول فيه يعني بين ابي حنيفة وصاحبيه اذا نكح صابئة صح عنده خلافا لهما
محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب بما وقع عنده فعند ابي حنيفة انهم من اهل الكتاب يقرؤن الزبور
ولا يعبدون الكواكب ولكنهم يعظمونها كتعظيم المسلمين القبلة في الاستقبال اليها وعندهما يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم
فصاروا كعبدة الاوثان فاذن لا اختلاف بينهم في الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال به ابو حنيفة جاز مناكحتهم
عندهما ايضا وان كانوا كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده ايضا وحكم ذبيحتهم على هذا ويجوز تزوج المحرم
والمحرمة في حالة الاحرام وقال الشافعي لا يجوز وتزوج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له ما روى عثمان
بن عفان رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب **ولنا**
ما روى ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم قال ابو عيسى الترمذي
حديث ابن عباس حسن صحيح **فان قلت** النكاح مما تثبت به حرمة المصاهرة فيجب ان لا يجوز على المحرم
قياسا على الوطء اذا كان الحديثان متعارضين **قلت** ما رواه محمول على الوطء اي لا يطأ ولا يمكن المرأة من
وطئه كما هو فعل البعض فكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد ويجوز تزوج الامة مسلمة
كانت او كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما
فيه من تعريض الجزء على الرق اذ الولد يتبع الام في الرق وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة تندفع
بالمسلمة فلا حاجة الى الكتابية ولهذا اي ولكونه ضروريا عنده جعل طول الحرة مانعا منه اي من تزوج الامة
لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرة وعندنا جواز نكاح الامة امتناعا عن تحصيل الجزء الارقاء لانه لم يوجد

بعد

بعد وتقدم وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية الا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس بمانع
شرعا لا محالة اذ له تحصيل الاصل بالعزل برضا المرأة وبتزوج العجوز والعقيم فلان يكون له ان
لا يحصل وصف الحرية بتزوج الامة اولى ولا يتزوج امة على حرة سواء كان حرا او عبدا وقال
الشافعي يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز برضا الحرة وجه قولهما نظرا لانه يفهم من هذا الوجه
تزوج العبد الامة فقط لا تزوجها على الامة والكلام فيه فنقول قال الشافعي ان تزوج الامة ممنوع
لمعنى في المتزوج اذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا يوجد في حق
العبد لانه رقيق بجميع اجزائه **ووجه** قول مالك ان المنع لحق الحرة فاذا رضيت فقد اسقطت
حقها **ولنا** ما ذكر محمد بن الحسن في مبسوطه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح
الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة عليهما لان الرأي في مقابلة النص غير معتبر **فان قلت**
جوز نكاح الامة مسلمة كانت او كتابية باطلاق المقتضي على ما تقدم فهلا جوز نكاحها على
الحرة بذلك **قلت** جوزنا هناك لوجود المقتضي وانتفاء المانع وههنا وان كان المقتضي موجودا
لكن المانع غير منتف وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما
نقرره في الطلاق فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام وما علينا ان نقرره
وتقريره ان الحل الذي ينبني عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال والنساء جميعا ومما يتنصف
ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر اربعا فكذلك يتنصف برق المرأة لان الرق
هو المنصف وهو يشملهما لكن لا يمكن اظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة
لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذلك نقول الاحوال ثلث حالتان قبل نكاح الحرة وحال
ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لا تحتمل التجزي فتغلب الحرمة على الحل فيجعل محللة سابقة
على الحرة ومحرمة مقرونة بالحرة او متاخرة عنها وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت
بالدليل القطعي مانع عن العمل باطلاق المقتضي فتامل فانه غريب ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله صلى الله
عليه وسلم وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها فان العمل
باطلاق المقتضي عند انتفاء المانع فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلاث لم يجز عند ابي
حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما **ووجه** الجانبين على ما ذكره في الكتاب ظاهر ولا بد لهما من فرق بين
هذه المسألة وبين ما اذا تزوج امرأة في عدة اختها من طلاق بائن فانهما لم يجوزاه كابي حنيفة
رحمه الله وقالوا في الفرق لهما ان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدة اختها صار جامعا بينهما في
حقوق النكاح فلا يجوز واما هنا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة جاز نكاحهما ولكنه
باعتبار ادخال ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة ولقائل ان يقول نكاح الاولى
قائم ما دامت في العدة اولا فان كان الاول لم يفرقا بين هذه المسألة وان كان الثاني فتلك المسألة وقد
نقل في النهاية عن المبسوط والاسرار فرقا آخر اضعف من هذا فلا حاجة الى ذكره **قال** وللحر ان يتزوج اربعا
من الحرائر والاماء وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وسيأتي اذا قدم الامة على الحرة ولا يجوز ان
يتزوج اكثر من ذلك قال الله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع نص على العدد
والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وفيه بحث لان هذا معدول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف
للعدل في الوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فيثبت الزيادة بقوله
تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم سلمنا انه عدد ولكن لا نسلم ان التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لانه صلى
الله عليه وسلم قال انما يغسل الثوب من خمس من بول وغائط وقيء ومني ودم وبالاتفاق يغسل من الخمر ايضا

مع انه صلى الله عليه وسلم نص على العدد مع كلمة الحصر **والجواب** عن الاول انه يحتمل الامثال من الاعداد
وان استعمل وصفا وعن الثاني بان معناه انما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الآدمي لان هذا
الحديث خرج جوابا لسؤال من سأل عن النجاسة وهو مخصص على هذا العدد **فان قيل** سلمنا لكن مقتضاه
التسع اذا نية عشر لما ان الواو للجمع **اجيب** بان كان المراد من لفظ مثنى اثنين وثلث ثلاثة ورباع اربعة
بان هذا الوجه هو الذي اوقع الرفضة لعنهم الله في الشبهة بحكم دينا وبان افضل الموجودات مع اختصاصه
بذلك بفضيلة النبوة او زيادة علاوة عليه فان منهم من ذهب الى جواز التسع ومنهم من ذهب الى جواز ثمانية
عشر نظرا الى معنى العدد ولفظ حرف الجمع ولكن لتسليم الامر على ما توهموا لان المراد بمثل هذا الكلام احد هذه الاعداد
وقال الفراء وجه حمله على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام والكلام المجيد منزه
عن ذلك وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين غيلان الديلمي وبين ما زاد على الاربع من النسوة
حين اسلم وتحته عشر نسوة ولم ينقل عن احد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ولا بعده الى يومنا هذا
انه جمع بين اكثر من اربع نسوة نكاحا وقال الشافعي لا يتزوج امة الا واحدة لانه اي نكاح الامة ضرورة
في حق الحر عنده كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة ولنا [illegible] عليه ما تلونا يعني قوله تعالى فانكحوا
ما طاب لكم من النساء فان اسم النساء يتناول الامة المنكوحة كما في الظهار فان آيته مذكورة بلفظ النساء ويتناول
الامة المنكوحة ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من ثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح كالحر حتى يملكه كما انه
لا يملك المال ولهذا كان له ان يتزوج بغير اذن مولاه كما ان له ان يطلق بغير اذنه **ولنا** ان الرق منصف
على ما سيجيء في الطلاق كما وعد المصنف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية وتملكه امثل
النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة فانها تملك طلب القسم ويتنصف قسمها **قوله** فان طلق
الحر احداهن **قال** فان تزوج حبلى من الزنا كالحامل اذا تزوجت فاما ان يكون الحمل ثابت النسب او لا فان
كان الاول فالنكاح باطل في قولهم جميعا وان كان الثاني قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله جاز النكاح ولا
يطأها حتى تضع حملها وقال ابو يوسف النكاح فاسد لان الامتناع في الاصل لحق الحمل الثابت النسب
انما كان لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما ان حمل
الزنا على الحمل الثابت النسب بعلة حرمة الحمل ولهما انهما من المحللات بالنص بعموم قوله تعالى واحل لكم
ما وراء ذلكم وكل من كانت كذلك جاز نكاحها **فان قلت** ما بال الحمل الثابت النسب يدخل تحت هذا
النص **قلت** لمكان قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله **فان قيل** لو كانت من
المحللات لحل وطؤها بعد ورود العقد عليها **اجاب** بقوله وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره
وحرمة الوطي لعارض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة الحيض والنفاس **قوله** والامتناع
في ثابت النسب جواب عن قياس ابي يوسف **وتقريره** لا نسلم ان فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو لحق
صاحب الماء ولا حرمة للزاني **قال** فان تزوج حاملا من السبي صورته ان سبي الحربية حاملا فلا يجوز للسابي
ان يزوجها ولا يجوز ما لم تضع الحمل لان النسب من زوجها ثابت فكان له حرمة [illegible] صيانة وكذا
حكم المهاجرة **قوله** وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها لو جاءت بولد وهو
ضرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منها وكل من كانت فراشا لشخص لا يجوز نكاحها لئلا يحصل الجمع
بين الفراشين لا يقتضي الحرمة في المحصنات من النساء **فان قيل** لو كانت فراشا لبطل نكاحها حالا انها
اجاب بقوله الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فكان فراشا ضعيفا فلا يعتبر ما لم
يتصل به الحمل لان الحمل [illegible] وكذلك الفراش [illegible] **فان قيل** اذا كان غير متأكد
ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فوجب ان يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب لانه يقبل النفي دلالة كما اذا

قال

في الجارية له ولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة فادعى الاكبر منهم فانه ينتفي نسب الباقين واذا انتفى
نسبه كان ذلك احتمالا عن اثبات النسب في مثله يجوز النكاح كما تقدم اجيب بان هذه دلالة والدلالة انما تعمل اذا
لم يخالفها صريح والصريح ههنا موجود لان المسئلة فيما اذا كان الحمل منه فانه قال الرجل زوج ام ولده
وهي حامل منه وانما يكون الحمل منه اذا اقر به وانما ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين
ولفظ الباطل ههنا وان كان المراد بالفساد ههنا البطلان ايضا على ما ذكره الامام فخر الاسلام
وقال لان ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي وانما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع
للتوالد والتناسل فلا حاجة الى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لان الحرمة في المتقدمتين
اهون اما في الحامل من الزنا فلان الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر واما في المسبية فكذلك على ما
روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انها اذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع
حملها ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها لعدم حكم الفراش الذي
ذكرناه فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه اي على المولى ان يستبرئها قال
الشارحون معنى عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك لان هذا اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير
وانما ذكره المصنف تفقها لانه اراد به الاستحباب صيانة لمائه وقد صرح في فتاوى الولوالجي بالاستحباب
واذا جاز النكاح جاز للزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله
لا احب ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى ولم يتحقق الاشتغال اذ لم يكن الوطي حراما
فاذا احتمل ذلك يثبت التنزه كما في الشراء فان الواجب فيه احتمال الشغل لكن جواز الاقدام على النكاح
اورث ضعفا في الشغل فيكون مستحبا ولهما انا قد اتفقنا على جواز النكاح من غير حمل زائد ولكن جواز
النكاح في مثله امارة فراغ الرحم لان النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ عن ماء محترم واذا كان
الرحم فارغا لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا اذ الحكم لا يثبت بلا سبب وانما قدم الاستحباب وكان
حقه التأخير لان نفيه يستلزم نفي الوجوب فكان تعليله لوجوب الاستغناء عن نفي الوجوب اما لان
الخصم يقول به فكان نفيه اهم وانما لم يتصل بقوله بخلاف الشراء فان الاستبراء فيه واجب ومن تذكر ما سلف
من المسائل تفطن بما ذكرنا من العقود التي لم يذكرها المصنف استغناء عنها بما تضمن كلامه فيما سلف
وقوله بخلاف الشراء جواب عن قياس محمد بصورة النزاع على الشراء بالفارق وهو ان الشراء يجوز مع الشغل
دون النكاح فالحكم بجواز النكاح امارة الفراغ والا لكان حكما بما لا يجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء
وقوله وكذا اذا رأى امرأة تزني ظاهر وكان ينبغي ان لا يحل لان احتمال الشغل قائم ودليل الحرمة عند
معارضة دليل الحل راجح واجيب بانه يعارض الاحتمال الاخر وهو احتمال وجود الحمل وعدمه فيعتدل ذلك
فبقي جانب العدم لاصالته ولتقوي الاصالة هنا بعدم حرمة صاحب الماء **قال** ونكاح المتعة باطل
صورة المتعة ما ذكر في الكتاب ان يقول الرجل لامرأة اتمتع بك بكذا مدة بكذا من المال او يقول خذي هذه
العشرة لاستمتع بك اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام او لم يقل اياما وهذا عندنا باطل
وقال مالك هو جائز وهو الظاهر من قول ابن عباس رضي الله عنهما لانه كان مباحا بالاتفاق فيبقى الى
ان يظهر ناسخه قلنا قد ظهر ناسخه باجماع الصحابة رضي الله عنهم وبيان ذلك انه وردت الاحاديث
الدالة على نسخها منها ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه ان مناديا رسول
الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنها حديث الربيع بن
سبرة رضي الله عنه قال احل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة ايام فخرجت مع ابن عمي
الى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة وكانت بردة ابن عمي احسن من بردي فخرجت امرأة كانها دمية عيطاء

فجعلت تنظر الى شبابي والى بردته فقالت هلا بردة كبردة هذا وشباب كشباب هذا ثم آثرت شبابي
على بردته فبت عندها فلما اصبحت اذا منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادي الا ان الله ورسوله
ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم اجمعت الصحابة رضي الله عنهم على ان المتعة انتسخت بعد حياة
النبي صلى الله عليه وسلم فكانت الاحاديث ناسخة والاجماع مظهرا لا ان نسخ الكتاب والسنة بالاجماع
ليس بصحيح على المذهب الصحيح فانه قيل اين الاجماع وقد كان ابن عباس مخالفا اجاب بقوله ولابن عباس
صح رجوعه الى قولهم روى جابر بن زيد ان ابن عباس رضي الله عنهما ما خرج من الدنيا حتى رجع عن
قوله في الصرف والمتعة فتقرر الاجماع وقيل في نسبة جواز المتعة الى مالك نظر فانه يروي الحديث في
الموطا عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن بن محمد بن علي عن ابيهما عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن اكل لحوم الحمر الانسية وقال في
المدونة ولا يجوز النكاح الى اجل قريب او بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة فلو تجوز ان يكون
شمس الائمة الذي اختصه المصنف قد اطلع على قوله على خلاف ما في المدونة وليس كل من يروي
حديثا يكون واجب العمل به لجواز ان يكون عنده ما يعارضه او يترجح عليه والنكاح الموقت باطل مثل
ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام والذي يفهم من عبارة المصنف في الفرق بينهما
شيئان احدهما وجود لفظ يشاركه المتعة في الاشتقاق كما ذكرنا انفا في نكاح المتعة والثاني
شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج او النكاح وان يكون المدة معينة وقال زفر
رحمه الله هو صحيح لازم لان التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح والنكاح لا يبطل
بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمراة
لا لقصد مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لانها تحصل في مدة قليلة والعبرة في العقود
للمعاني دون الالفاظ الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة
الاصيل كفالة **قوله** ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت احترز عن قول الحسن
بن زياد انهما اذا ذكرا من الوقت ما يعلم انهما لا يعيشان اليه كمائة سنة او اكثر كان النكاح صحيحا لانه في
معنى التابيد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وجه الظاهر ان التاقيت يعين جهة المتعة
فان قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التابيد لانه لم يوضع شرعا الا لذلك ولكنه يحتمل المتعة فاذا
قال الى عشرة ايام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء
واستشكل هذه المسئلة بما اذا شرط وقت العقد ان يطلقها بعد شهر فان النكاح صحيح والشرط باطل
ولا فرق بينهما وبين ما نحن فيه واجيب بان الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه
بعد شهر ليقطع به دليل على وجود العقد مؤبدا ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح
صحيحا والشرط باطلا واما صورة النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا في قاطعه ولهذا لو صح التوقيت
لم يكن بينهما نكاح بعد مضي المدة عقد كما في الاجارة **قال** ومن تزوج امراتين بعقد واحد واحال هذه
المسئلة من الاصل الى المبسوط وصورتها ظاهرة ومسئلة البيع **قوله** وعندهما يقسم على مهر مثليهما يعني اذا كان
المسمى الفا مثلا ينظر الى مهر مثلهما او يقسم المسمى عليهما فما اصاب حصة التي لا تحل يسقط عن الزوج
وما اصاب حصة الاخرى يثبت عليه لهما انه قابل المسمى بالبضعين وكل ما كان مقابلا بالشيئين فانما
يلزم اذا سلما له قابل ولم يسلم له الا احدهما فلا يلزمه الا حصته كما لو خطب امراتين مالكتين
على الف فاجابت احديهما دون الاخرى ولابي حنيفة ان ضم ما لا تحل الى ما تحل في نكاح كضم الجدار الى
المراة فيه اي كل واحدة منهما ليس بمحل للنكاح ولو فعل ذلك وسمى كان المسمى كله للمراة فيه ان كان

واحد

وحرمها ليس بمحل للنكاح ولو فعل ذلك وسمى في الايجاب حتى لو اجابتاه صح نكاحهما جميعا ثم ثبت انقسام
البدل لا المساواة في الايجاب فان قيل اذا لم يكن محلا للنكاح اصلا ولم يدخل تحت العقد وجب ان يحد
ان دخل بها وجد عنده اجيب بان عدم الحد باعتبار ظاهر صورة العقد **قوله** ومن ادعت عليه
امراة انه تزوجها هذه المسئلة من الجامع الصغير وهي ملقبة بين الفقهاء بان قضاء القاضي بشهادة
الزور في العقود والفسوخ عند ابي حنيفة ينفذ ظاهرا وباطنا ومعنى نفوذه ظاهرا تعديه فيما بيننا من
ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل عند الله واما في الاملاك المرسلة
والميراث فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالاجماع واما في الهبة والصدقة فعن ابي يوسف فيه روايتان في
رواية الحقهما بالعقود والانكحة من حيث انه يحتاج فيه الى الايجاب والقبول وفي اخرى الحقهما
بالاملاك المرسلة وما ذكره في الكتاب من تحرير المذاهب واضح قالوا القاضي اخطا الحجة اذ الشهود
كذبة والخطأ في الحجة يمنع عن النفوذ باطنا كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة رحمه الله
ان الشهود صدقة عند القاضي لان الغرض انه لم يطلع على شيء مما يجرحهم ومثل هذا الشهود هو الحجة
المعتبرة في الشرع لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة لان ذلك امر باطن لا يعلمه الا الله فلو اشترط
ذلك القضاء لما امكن القضاء اصلا واذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهرا وباطنا بخلاف الكفر
والرق لان الوقوف عليهما متيسر بالامارات فان قيل القضاء اظهار ما كان ثابتا لا اثبات ما لم يكن
والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضاء باطنا اشار الى الجواب بقوله بتقديم النكاح يعني لتقديم
النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء كانه قال انكحتك اياه وحكمت بينكما بذلك قطعا للمنازعة فيحل
له ان يطاها لئلا يبقى زعمه في طلب الوطي ثابتا وسالني بعض اذكياء المغاربة حين قدم مصر حاجا سنة
سبع واربعين وسبعمائة عن هذه المسئلة طاعنا في المذهب فاجبته بقولهم هذا قطعا للمنازعة
فقال لم تنقطع المنازعة لم ينحصر في الوطي فلو طلقها فانه مخلص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة الوطي
لم يسبقه محلل فقلت نعني بالطلاق طلاقا مشروعا او غير مشروع لا سبيل الى الثاني لعدم الانعقاد
فما ليس بمشروع تعين الاول فهو يقتضي النكاح لا محالة واما ما في هذه المسئلة عن علي رضي الله عنه
فانه روي ان رجلا ادعى على امراة نكاحا بين يدي علي رضي الله عنه واقام شاهدين فقضى بالنكاح
بينهما فقالت المراة لم يكن يا امير المؤمنين فزوجني منه فقال علي رضي الله عنه شاهداك زوجاك
ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها وفي رغبة الزوج فيها وقد كان فيه ذلك
تحصينهما من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور **فان قيل** انما يتم اذا جعل قضاؤه بمنزلة
انشاء العقد وذلك يقتضي ان يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله صلى الله عليه
وسلم لا نكاح الا بشهود **اجيب** بان بعض مشايخنا ذهبوا الى ذلك واليه مال شمس الائمة رحمه
الله والاخرين منهم من قال ان النكاح لا يثبت مقصودا وانما يثبت مقتضى صحة قضائه
في الباطن والمقتضى لا يراعى شرائطه التي ثبت بها لو كان مقصودا كما في قوله اعتق عبدك عني
بالف درهم وهو الجواب عن سقوط الايجاب والقبول **قوله** بخلاف الاملاك المرسلة اي
المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا في الجارية والطعام من غير تعيين شيء
اذ اربه لا ينفذ القضاء ظاهرا بلا تنافي حتى لا يحل المقضي له وطئها لان في الاسباب تزاحما فلا يمكن
تنفيذه **بيانه** ان في الاسباب كثرة ولا يمكن للقاضي تعيين شيء منها بدون الحجة فلم يكن مخاطبا
بالقضاء بالملك وانما هو مخاطب بقصر يد المدعى عليه عن المدعي وذلك قضاء منه ظاهرا فاما ان ينفذ
باطنا بمنزلة انشاء جديد فليس بقادر عليه بلا سبب شرعي بخلاف النكاح لان طريقه متعين من الوجه

الذي قلنا فيمكنه اثباته وتعيينه

باب الأولياء والأكفاء

أخر بيان الأولياء والأكفاء عن بيان المحرمات وإن كانا شرطي النكاح لأن حل محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق بخلاف الأولياء والأكفاء والمتفق عليه أولى بالتقديم وتحرير المذاهب على ما ذكره في الكتاب واضح وأما وجه من لم يجوزه بدون الولي كأبي يوسف في غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي فهو أن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن مخل لأنهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار خصوصا عند التوقان وهو مردود بما إذا أذن لها الولي فإنه أجازه محمد فإن كان الخلل بحاله فكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به وأيضا المدعي أن النكاح لا ينعقد بعبارة النساء فالدليل المطابق بيان الخلل في العبارة والاعتذار بأن هذا التعليل تعليل بأنه لا تفوض إليهن أمر النكاح مطلقا من غير نظر إلى أن يأذن الولي أو لا غير دافع لانتفاء المطابقة وأما وجه من جوزه فهو أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج بالاتفاق وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف **فإن قلت** لا نسلم أنها تصرفت في خالص حقها بل في حق تعلق به حق الأولياء ولهذا لا يجوز إذا لم يكن بكفء في رواية **قلت** لا نعرف في ظاهر الرواية فلا يرد عليه وأما على رواية الحسن عن أبي حنيفة **فالجواب** أن المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الأصلية التي تترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها أو استيجاب المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها وكل ذلك خالص حقها ولا معتبر بالعارض من لحوق العار للأولياء **فإن قيل** هذا استدلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد أما الكتاب فقوله تعالى فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن نهى الولي عن العضل وهو المنع وإنما يتحقق منه المنع إذا كان الممنوع في يده وأما السنة فما روي في السنن عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل **فالجواب** أن الآية مشتركة الإلزام لأنه نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل على أنهن يملكنه وأن قوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن وقوله حتى تنكح زوجا غيره وقوله أن ينكحن أزواجهن يدل على رضاها وأما الحديث فساقط الاعتبار لأن ابن جريج سأل الزهري عنه فلم يعرفه وفي رواية فأنكره ولأن عائشة رضي الله عنها عملت بخلافه زوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وذلك يدل على نسخه ولأنه معارض بقوله صلى الله عليه وسلم الأيم أحق بنفسها من وليها والأيم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا هذا هو الصحيح عند أهل اللغة وإذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف الاستدلال بهما للجانبين وصار إلى المعقول وهو مروي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم **قوله** وإنما يطالب الولي بالتزويج جواب عما يقال إذا تصرفت في خالص حقها **ووجهه** أنها لو باشرت هذا التصرف نسبت إلى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها وجعل عليه صيانة لها عن النسبة إليها **قوله** ولكن للولي الاعتراض في غير الكفو يعني إذا لم تلد من الزوج وأما إذا ولدت فليس للأولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد عمن يربيه قال في النهاية ولكن في مبسوط شيخ الإسلام وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت الأولاد له أن يخاصم في ذلك فله أن يفرق بينهما لأن السكوت إنما يجعل

رضا

رضا في حق النكاح في حق البكر نصا بخلاف القياس قال كذا كان مكتوبا بخط شيخي **قوله** وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز في غير الكفو يعني لدفع الضرر العار عن الأولياء قال شمس الأئمة وهذا أقرب إلى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضي ولا كل قاض يعدل وهو معنى قوله لأن كم من واقع لا يرفع وروي رجوع محمد إلى قولهما يعني ينعقد نكاحها عنده أيضا بلا ولي ولا توقف على الإجازة **قال** ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة لا يجوز عندنا خلافا للشافعي وهو مذهب ابن أبي ليلى له أن الصغيرة إذا كانت بكرا تزوج كرها فكذا البالغة والجامع بينهما الجهالة بأمر النكاح لعدم التجربة ولهذا أي ولكونها جاهلة بأمر النكاح يقبض الأب صداقها بغير أمرها ولنا أنها حرة مخاطبة لأن الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية **قوله** والولاية على الصغيرة جواب عن قياسه على الصغيرة بالمفارقة وذلك لأن الولاية على الصغيرة إنما كانت لقصور عقلها وفيما نحن فيه ليس بموجود لأنه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الإجبار عليها كالإجبار على الغلام فإن كان صغيرا جاز لقصور العقل وإن كان بالغا لا يجوز وصار كالتصرف في المال أي في مال البكر البالغة فإنه لا يجوز للأب التصرف فيه **قوله** وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة جواب عن قوله ولهذا يقبض الأب صداقها **ووجه** ذلك أن الظاهر أن البكر تستحيي عن قبض صداقها وأن الأب هو الذي يقبضه ليجهزها بذلك مع ماله فيبعث بها إلى بيت زوجها فكان ذلك إذنا دلالة ولهذا لا تملك مع نهيها لأن الدلالة يبطل بصريح خلافها **قوله** وإذا استأذنها الولي الظاهر **قوله** وإن فعل هذا يعني استئذان غير ولي وهو الأجانب وقريب ليس بولي بأن كان كافرا أو عبدا أو مكاتبا أو ولي غيره أولى منه كالأخ مع وجود الأب لا يكون رضا حتى يتكلم به لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا **قوله** ولو وقع أي السكوت دليلا أي دليل رضا يحتمل الإذن والرد والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة ولا حاجة في حق غير الأولياء لأنه تصرف في حق غيره أحق لعدم الالتفات إلى كلامه بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي لأنه قائم مقامه **قوله** ويعتبر في الاستئمار يعني إذا استأمر فلا بد أن يسمي الزوج على وجه تعرفه أما إذا أبهم وقال إني أزوجك فسكتت لا يكون السكوت رضى ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح **قوله** وهو الصحيح احتراز عن قول بعض المتأخرين لا بد من تسمية المهر في الاستئمار لأن رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة **وجه** الصحيح ما ذكره لأن النكاح صحة بدونه فلا يحتاج إلى ذكره ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت هو على ما ذكرنا من كونه رضا وكان محمد بن مقاتل يقول إذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص أما إذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم العقد لأن الحاجة هنا إلى الإجازة والسكوت لا يكون إجازة لأن هذا ليس في معنى المنصوص عليه فإن السكوت عند الاستئمار لا يكون ملزما لتمكنها أن ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت كما شرط هذا في معنى المنصوص لأن عند الاستئمار يجوز أن لا تتكلم فيكون سكوتها دليلا على الجواب لا تحول الحياء بينها وبينه وهو موجود فيه من إظهار الرغبة في الرجال وهو موجود فيما إذا بلغها العقد وهو معنى قوله لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف **قوله** ثم المخبر إن كان فضوليا اعلم أن محل الخبر إذا كان في حقوق العباد فهو على ثلاثة أقسام ما فيه إلزام محض كالبيوع والأشربة والأملاك المرسلة ونحوها وما ليس فيه إلزام أصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا والإذن في التجارات وما أشبه ذلك وما فيه إلزام من وجه

دون وجه كالتي تخرج داخل الجماع كعزل الوكيل وحجر المأذون واجبار المولى بجناية عبده ونحوها لا
يشترط فيه العقل والعدالة والضبط والاسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة والثاني يشترط
فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق وان كان فضوليا يشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد او
العدالة فكذا ههنا بالاتفاق وان كان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هو نظير القسم الثاني في انه لا
ان يكون المخبر مميزا سواء كان عدلا او لم يكن وموضع ذلك اصول الفقه ولو استاذن الثيب فلا بد
من رضاها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور **وجه** الاستدلال ان المشاورة من
باب المفاعلة وهي تقتضي الفعل من الجانبين وقد وجد النطق من المولى بالسؤال فلا بد من النطق
منها في الجواب وتحل الشاور عند طلب الرأي بالاشارة الى الصواب وذلك لا يكون الا بالنطق ولان
النطق في النكاح من الثيب لا يعد عيبا واذا لم يعد عيبا لم يكن بمعنى النطق في البكر لانه يعد منها عيبا
واذا لم يكن في معناه لا يلحق به ولان السكوت صار رضا لتوفر الحياء كما ان عائشة رضي الله عنها لما اخبرت
ان البكر تستحيي قال صلى الله عليه وسلم سكوتها رضاها والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة
فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت البكارة بوثبة وهي الوثوب من فوق او حيضة او تعنيس
عنست الجارية بمعنى عنست عنوسا اذا جاوزت وقت التزوج فلم تتزوج فهي في حكم الابكار في كون
اذنها سكوتها لانها بكر اذ البكر هي من تكون مصيبها اول مصيب وهذه كذلك مشتق من الباكورة
وهي اول الثمار ومن البكرة وهي اول النهار ورد بانه لو كان كذلك لما تمكن من الرد من اشترى جارية
على انها بكر فوجدها زائل البكارة بالوثبة لانها بكر حقيقة على ما ذكرتم لكن له ان يردها واجيب
بان الرد باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر ولان النطق سقط للحياء
وهو موجود فيهما لانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفي بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان الثيب
من يكون مصيبها عائدا اليها مشتق من المثوبة وهي الثواب اي يرجع اليه مرة بعد اخرى ومن
التثويب وهو الدعاء بعد اخرى واذا كانت ثيبا فلا يكتفي بسكوتها ولابي حنيفة رحمه الله ان
الناس عرفوها بكرا وتقريره ان الشرع جعل السكوت رضا بعلة الحياء على ما روينا من حديث عائشة
رضي الله عنها واذا وجدت العلة يترتب عليه الحكم وههنا قد وجدت لما بينه بقوله ان الناس عرفوها
بكرا فيعيرونها وفي بعض النسخ فيعيبونها بالنطق فتستحيي فتمتنع عن النطق فكانت العلة موجودة
فيكتفي بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها اي ظهر هذا سقط ما قيل هذا تعليل في مقابلة النص
وهو قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور وهو باطل لان هذا عمل بعلة منصوص عليها لا تعليل في
مقابلته **فان قيل** لا نسلم ان هذا عمل بعلة منصوص عليها لان المنصوص عليه حياء يكون من كرم الطبيعة
وذلك امر محمود وهذا الحياء معصية فليس من افراده حتى يدخل تحت النص **اجيب** بان هذا
الحياء اشد لانه في الاستنطاق باعتبار الجانبين طلوع حاجتها الى نكاح كالضرب من التأفيف **قوله** ملحق
بخلاف ما اذا وطئت بشبهة متصل بقوله فيكتفي بسكوتها يعني ان التي وطئت بشبهة او
بنكاح فاسد لا يكون اذنها بسكوتها لعدم الحياء لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما من لزوم
العدة والمهر واثبات النسب اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها باقامة الحد عليها
او صارت زنا عادة لا يكتفي بسكوتها **فان قيل** يجب ان يكتفي بسكوتها في هاتين الصورتين ايضا
لانها داخلة تحت اسم البكر في نكاح لسان الشرع وهو قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة **اجيب**
بان هذا قول بعض المشايخ وهو ضعيف فانه في الموطوءة بشبهة والنكاح الفاسد ما هو موجود ايضا

عبارة

ولا يكتفي بسكوتها بالاجماع فعرفنا ان المعتبر بقاء صفة الحياء **قوله** لان السكوت اصل والرد عارض
بناء على ان السكوت عدم الكلام ولا شك في تقدمه على عروض الكلام فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى
الرد بعد مضي المدة فانه لا يعتبر قوله بل القول لمن يدعي لزوم العقد بالسكوت بالاجماع لان السكوت
اصل والرد عارض فكان القول **قوله** قول من يدعي السكوت **قوله** ولكن نقول ظاهر وحاصله انا نعتبر الانكار
المعنوي دون الصوري **قوله** بخلاف جواب عن قياس زفر ووجهه انا نجعل القول لمن
شهد له الظاهر واللزوم قد ظهر بمضي المدة فلهذا القول للساكت وان اقام الزوج البينة على
السكوت ثبت النكاح **فان قيل** هذه شهادة قامت على النفي لما ذكرتم ان السكوت عدم الكلام
والشهادة على النفي غير مقبولة **اجيب** بانها مقبولة اذا كان علم الشاهد محيطا به كما اذا ادعت المرأة
على زوجها انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وقال الرجل قلته فاقامت بينة انه
لم يقله تقبل ويفرق بينهما لان هذا مما يحيط به علم الشاهد لما انه لو قاله لسمعه الشهود وان
اقاما البينة فقال الامام التمرتاشي بينتها اولى لانها تثبت الرد وهو يثبت عدما وهو السكوت حتى
لو اقاما على انها اجازت او رضيت حين علمت حتى استويا في الاثبات ترجحت بينته لاثباته اللزوم
وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة ان
شاء الله تعالى **قال** ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجها الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي
هو العصبة على ترتيب العصبات في الارث وقال مالك ليس لغير الاب ولاية حتى لو زوجها الجد عند
عدم الاب لا يجوز وقال الشافعي ليس لغير الاب والجد ولاية اذا كانت الصغيرة بكرا فاذا كانت ثيبا
فلا ولاية عليها حتى لو زوجها الاخ او العم او زوج البنت الصغيرة الاب او الجد كرها لا ينعقد
النكاح **وجه** قول مالك ان الولاية على الحرة مع قيام المنافي باعتبار الحاجة ولا حاجة في الصغير
والصغيرة فلا ولاية عليهما لعزة ولاية الاب ثبت نصا على خلاف القياس فان ابا بكر رضي الله عنه
زوج عائشة رضي الله عنها من النبي صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست سنين وصح النبي
صلى الله عليه وسلم ذلك فلا يقاس عليه غيره وهو الجد ولا يلحق به دلالة لانه ليس في معناه لان الولد
جزء للاب فكانت ولاية الاب عليه كالولاية على نفسه والجزئية قد ضعفت بالجد والشفقة قد
نقصت فلا يكون في معناه **قلنا** لا نسلم ان الولاية على الحرة على خلاف القياس بل هو موافق له
لان النكاح يتضمن المصالح من التناسل والسكن والازدواج وهي لا تتوفر الا بين متكافئين
عادة ولا يتفق الكفء في كل وقت فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفء لكل من يأتي منه
الاحراز اذا كان اوغيره **ووجه** قول الشافعي ان الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب
والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا اي لقصور شفقته لا يملك التصرف في المال مع ان فيه
ادنى رتبة لكونه وقاية للنفس فلانه لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى **قلنا** ان الولاية
للنظر وهو موجود في كل قريب لان القرابة داعية اليه كما في الاب والجد فان النظر فيهما لم
ينشأ الا من القرابة غاية ما في الباب انه يتفاوت كمالا وقصورا بقرب القرابة وبعدها لكن ما في
البعيد من القصور ممكن التدارك فاظهرناه في سلب ولاية الالزام فجعلنا لها خيار البلوغ فاذا
بلغا ووجد الامر على ما ينبغي مضينا على النكاح وان وجدا قد وقع خللا بقصور الشفقة والنظر
فسخا النكاح بخلاف التصرف في المال لان الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لانه يتكرر
فيتداول الايدي بان يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر وثم وقد تغيب بعضهم ولا يمكن توقيف
ذلك كله الى وقت البلوغ فلا يفيد الولاية الا ملزمة ولا الزام مع القصور بخلاف النكاح

فانهما ثابتان من غير تكرار غالبا فكان التدارك بالتوقيف ممكنا **قوله** وجه قوله اي قول الشافعي
في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي وتقريره ان الرأي امر باطن والثيابة سبب لحدوثه
لوجود الممارسة فيقام مقامه ويدار الحكم عليه تيسيرا **ولنا** ما ذكرنا من تحقق الحاجة يعني
ان المقتضي للولاية النظرية هو الحاجة وقد تحققت للصغر والمانع وهو قصور الشفقة منتف
لان الشفقة في الاب والجد متوافرة واذا وجد المقتضي وانتفى المانع تحقق الحكم ولا نسلم
حصول الرأي للصغير بسبب الممارسة لان الرأي والعلم بالمصالح انما يحدث عن مباشرته
لها واذا لم يكن الثيابة سببا لحدوث الرأي لا تصلح مدارا وانما الصغر فانه سبب الحاجة للعجز عن
التصرف بنفسه فجاز ان يكون مدارا وكما ثبت الصغر ثبتت الولاية ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم
يعني من ادارة الولاية في قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي قوله صلى الله عليه
وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل **وقوله** والترتيب في العصبات ظاهر **قوله** اعتبارا
بالاب والجد بجامع داعية وقولها ان قرابة الاخ ناقصة تخصيص الاخ ليعلم به حكم سائر الاولياء بالطريق
الاولى لانه اقرب الاولياء بعد الجد **قوله** فيتطرق الخلل الى المقاصد يعني ان ما وراء الكفاءة
للنكاح مقاصد اخرى في النكاح من سوء الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة
ولومها وتوسيع النفقة وتقتيرها وهذه المقاصد اهم من الكفاءة ولا يوقف عليها الا بجد
بليغ ونظر صائب فلنقصان قرابته وقصور شفقته ربما لا يحسن النظر فيتوهم الخلل فيها فيتدارك
بخيار الادراك **قوله** واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي يعني في اثبات الخيار
عند البلوغ واراد بالاطلاق قوله فان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار **قوله**
هو الصحيح احترازا عما روى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة انه لا يثبت الخيار لليتيمة اذا زوجها
القاضي لان له الولاية في المال والنفس فكان في قوة ولاية الاب والجد **ووجه** الصحيح ما ذكره
في الكتاب بقوله لقصور الرأي في احدهما يعني الام ونقصان الشفقة في الآخر يعني القاضي
الا ترى ان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت لهما الخيار في تزويجهما ففي تزويج
القاضي اولى **قوله** ويشترط فيه اي في فسخ النكاح بخيار البلوغ القضاء لان الفسخ هنا لدفع
ضرر خفي وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة المزوج وهذا اي تمكن الخلل يشمل
الذكر والانثى لان تصور الشفقة كما هو في حق الجارية ممكن كذلك في حق الغلام واذا كان الضرر
خفيا لا يطلع عليه لان فرض المسئلة فيما اذا كان الزوج كفوا والمهر تاما فربما يكون الزوج
فيحتاج الى القضاء للالزام واما خيار العتق فلدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها فان الزوج
قبل عتقها كان يملك عليها تطليقتين ويملك من رجعتها في قرئين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو
امر جلي ليس للانكار فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام لكن لها ان تدفع ذلك عن نفسها وذلك
مع بقاء اصل النكاح غير ممكن لانه بعد العتق يستلزمها ووجود اللزوم بدون وجود الازم
محال فكان لها ان تدفع اصل الملك في ضمن ما لها من دفع الزيادة واعترض بانه دفعها ما عليها من الزيادة يبطل
ما كان ثابتا من حق الزوج المستتبع للزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الاصول
واجيب بان هذا ليس بجعل التابع متبوعا وانما هو من باب التزام الضرر المرضي فان الزوج حين تزوج
الامة لها خيار العتق التزم الضرر الذي يحصل به والضرر المرضي غير ضائر بخلاف الامة فانها لم ترض
بما يزيد عليها من الملك بعد العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها مرضيا فكان ضائرا واذا
اجتمع الضرران الضائر يدفع الضائر دون غيره **قوله** ثم عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله تخصهما

بالذكر

بالذكر لان مذهب ابي يوسف لا يرد ههنا لانه لا يرى خيار البلوغ وان كان المزوج غير الاب
والجد وحاصل ما ذكرهما امور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة الاول
ان خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما
والثالث ان الصغيرة اذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة
بان لها الخيار او لم تكن اما اذا كانت عالمة فظاهر واما اذا لم تكن فلانها لم تعذر بالجهل بالخيار
لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت
فانها على خيارها لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد بالنكاح فكانت معذورة في
الجهل واما المعتقة فانها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق او بثبوت الخيار لها اما الاول
فلان المولى ينفرد به واما الثاني فلان الامة لاشتغالها بالخدمة لا تتفرغ لمعرفة احكام الشرع
فكانت معذورة **قوله** ثم خيار البكر الشامل للذكر والانثى وتقريره ان من له خيار البلوغ اذا كان
غلاما فبلغ لم يبطل خياره ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وان كانت جارية
وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وان كانت بكرا بطل خيارها بالسكوت اعتبارا للحالة
الحالة بحالة ابتداء النكاح فان الصغيرة البكر اذا ادركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء
العقد كان سكوتها رضا فكذلك اذا كان لها الخيار فادركت وسكتت كان سكوتها رضا فيبطل
خيارها والغلام والجارية الثيب اذا استؤمرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضا بل
لا بد من الرضا صريحا او دلالة فكذلك عند خيار البلوغ تفريع آخر على خيار البلوغ ويتضمن
الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق وتقريره ان خيار البلوغ في حق البكر
لا يمتد الى آخر المجلس يعني مجلس بلوغها بان رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت او مجلس
بلوغ الخبر بالنكاح بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعا واما خيار الثيب والغلام فلا يبطل بالقيام
عن المجلس بل يمتد الى ما وراء المجلس **قوله** لانه ما ثبت بعدم دليل البطلان في حق الثيب جاءت وتقريره
خيار البلوغ لم يثبت باثبات الزوج وهو ظاهر وما لم يثبت باثبات الزوج لا يقتصر على المجلس فان
التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيجيء **قوله** بل لتوهم الخلل دليله يشمل البكر والغلام وتقريره
خيار البلوغ ثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل وما ثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود ما ينافيه فان
الشيء لا يثبت مع منافيه غير ان سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت
ويمتد خيارهما الى ما وراء المجلس فانظر الى هذا الادراج في ضمن الاختصار الذي هو قريب الى حد الاعجاز
جزاه الله عن المحصلين خيرا **قوله** بخلاف خيار العتق الفرق بينه وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع
وتقريره خيار العتق ثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لو لم يعتقها لما ثبت لها الخيار وكل خيار ثبت باثبات
غيره اقتصر على المجلس كما في خيار المخيرة فيكون دليل الاعراض دليلا ان تضمن هذا الوجه الوجه الخامس
لانه اشار الى ذلك بقوله غير ان سكوت البكر رضا يعني والرضا يسقط خيار البلوغ وخيار الاعتاق انما
يعتبر في المجلس ويبطل بالاعراض والسكوت ليس باعراض وهو خفي جدا **قوله** ثم الفرقة بخيار البلوغ
ليس بطلاق يعني سواء كان قبل الدخول او بعده لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها والفائدة
تظهر في شيئين احدهما انها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب والثاني انها
لو نكحها بعد الفرقة ملك الزوج ثلاث تطليقات وكذا خيار العتق لما بينا انه يصح من الانثى **قوله**
بخلاف خيار المخيرة **قال** ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة
فمن لا ولاية له على نفسه فالاولى ان لا يكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية نظرية فلا نظر في

التفويض الى هؤلاء اما الى الصبي والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفؤ واما الى العبد فلكونه مشتغلا
بخدمة المولى ولا ولاية لكافر على مسلمة يعني الولاية الشرعية ولا معتبر بالجنسية منها **قوله**
ولغير العصبات من الاقارب يعني كالاخوال والخالات والعمات ولاية التزويج عند عدم
العصبات اي عصبة كانت سواء كانت عصبة تحل النكاح بينه وبين المرأة كابن العم او لا تحل كالعم
اي لابن العم ومولى العتاقة وعصبته من العصبات ثم عند ابي حنيفة بعد العصبات الام
ثم ذووا الارحام الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت
البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال
والخالات واولادهم على هذا الترتيب ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه
القاضي اذا شرط تزويج الصغار والصغائر في عهده منشوره واما اذا لم يشترط فلا ولاية له وقال
محمد لا ولاية لغير العصبات وقول ابي يوسف مضطرب ذكر مع ابي حنيفة في كتاب النكاح وفي
محمد في كتاب الولاء **قوله** ولهما ما روينا يريد به قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات عرف
الانكاح باللام في غير معهود فكان معناه هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس فلا يكون لغيرهم فيه مدخل
ولان الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفؤ والصيانة الى العصبات ولابي حنيفة ان هذه
الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة فان
قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز اجيب بوجهين احدهما ان معنى قوله الانكاح
الى العصبات اذا وجدت العصبات والثاني ان الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باعتبار الشفقة
وكمال الرأي فالقول بتوريث ذوي الارحام مع القول بعدم ولاية الانكاح غير مستحسن لاطلاق
قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض ولكون التوريث مبنيا على الولاية **قوله** واذا عدم
الاولياء يعني على الوجه المذكور فالولاية الى الامام الحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي
من لا ولي لها واما الحاكم وهو القاضي فانما يملك الانكاح اذا كان ذلك في عهده منشوره كذا في فتاوى
قاضيخان **قوله** واذا غاب الولي الاقرب يعني كالاخ غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه كالعم
ان يزوج وقال زفر ليس له ذلك وقال الشافعي يزوج السلطان لزفر ان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت
حقا له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفؤ اليها ولحق الثابت للشخص لا يبطل بغيبته ولهذا لو زوجها
حيث هو جاز بالاتفاق واذا كان ولاية الاقرب في غيبته قائمة لا يكون للابعد ولاية ولنا ان هذه
ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه وكلتا المقدمتين ظاهرة ففوضناه اي النظر
الى الابعد **قوله** وهو مقدم على السلطان اشارة الى جواب الشافعي كما اذا مات الاقرب فان الولاية تنتقل
الى السلطان بموت الاقرب وكذا بغيبته **قوله** ولو زوجها حيث هو فيه جواب عن قول زفر ولهذا لو زوجها
حيث هو جاز بالمنع يعني لا نسلم جوازه وبعد التسليم نقول الابعد بعد القرابة وقريب التدبير والاقرب
عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين ايهما عقد نفذ ولا يرد النكاح ثم فسر الغيبة المنقطعة وهو ظاهر **قوله** وهو اختيار بعض
المتأخرين ومنهم القاضي الامام علي السغدي والقاضي الامام ابو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل
الرازي وسفيان الثوري وابي عصمة سعد بن معاذ المروزي **قوله** لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ
يعني لعدم الانتفاع به وعن محمد قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلدة
لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة **قوله** لانه اوفر شفقة من الاب بدليل انه في ولاية الاب تعم النفس
والمال والابن ليس له الولاية في المال ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة الا ترى ان الاب معه يستحق
السدس بالفرضية **قوله** ولا معتبر بزيادة الشفقة جواب محمد رحمه الله تعالى والله تعالى اعلم

فصل

فصل في الكفاءة

لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم ان عدمها يمنع الجواز اذ يمكن الاولياء من الفسخ احتاج الى ان يذكرها
في فصل على حدة الكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه الكفو وهو النظير من كافأه اذا ساواه وهي معتبرة في
النكاح قال صلى الله عليه وسلم الا لا تزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء رواه جابر
رضي الله عنه ولان انتظام المصالح بين المتكافئين لان الشريعة تأبى ان تكون مستفرشة للخسيس
فلا بد من اعتبارها من جانبه عملا بخلاف جانبها لانه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش واذا زوجت
المرأة نفسها من غير كفؤ فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن نفسها يعني ما لم تلد منه كما
تقدم **فان قيل** الحديث يدل على عدم الجواز فيقتضي القول بالجواز بدونها حتى لا عرض من مخالفته له
قلت جاز ان يكون نهيا وهو يقتضي المشروعية عندنا ثم الكفاءة تعتبر في خمسة اشياء في النسب
والحرية والدين والمال والصنائع اما النسب فلانه يقع به التفاخر وكان سفيان الثوري يقول لا تعتبر
الكفاءة فيه لان الناس سواسية بالحديث قال صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل
لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وقد تأيد ذلك بقوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم ولنا قوله صلى
الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي
بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل والمراد بالموالي العتقاء لما كانت غير عرب في الاكثر غلبت على العجم قال والموالي
الموالي اكفاء بعضها لبعض والعرب اكفاء بعضها لبعض ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا يعني
من قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفاء لبعض قابل البعض بالبعض من غير اعتبار الفضيلة
بين قبائلهم الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته لعثمان رضي الله عنه وكان من بني
عبد شمس وانما قال في الموالي رجل برجل اشارة الى ان النسب لا يعتبر فيهم قيل لانهم ضيعوا انسابهم فلا
يكون التفاخر بينهم بالنسب بل بالدين كما اشار اليه سلمان رضي الله عنه حين افتخرت الصحابة بالانساب
وانتهى الامر اليه ابي الاسلام لا ابا لي سواه **قوله** وعن محمد الا ان يكون يعني قال محمد لا يعتبر التفاضل
فيما بين قريش الا ان يكون النسب نسبا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة فحينئذ يعتبر التفاضل
حتى لو تزوجت قرشية من اولاد الخلفاء قرشيا ليس من اولادهم كان للاولياء حق الرد قال المصنف
رحمه الله كانه يعني محمدا قال ذلك تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة لا لان ذلك اصل الكفاءة **قوله** وبنو باهلة
باهلة من قيس بن غيلان وهو في الاصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن اعصر بن سعد بن
قيس بن غيلان فنسب ولده اليها والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى والواحد عربي والاعراب
واحد الاعراب وهم اهل البدو وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة لانهم
كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ولانهم كانوا يطبخون عظام الميتة ويأخذون الدسومات منها قال الشاعر

ولا ينفع الاصل من هاشم ۝ اذا كانت النفس من باهلة

قوله واما الموالي فمن **قوله** كما هو مذهبه في التعريف اي في تعريف الشخص في الشهادة فان الشهود
اذا ذكروا اسم الغائب واسم ابيه يحصل به التعريف عند ابي يوسف ولا حاجة الى ذكر الجد وعندهما لا بد من

ذكر الحد قوله ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام نقل في النهاية عن الامام
المحبوبي ان هذا في الموالي واما في العرب فان من لا اب له في الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفو
لمن له اباء في الاسلام لان العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفوا اخر اذا كانا مسلمين واما العجم
فقد ضيعوا انسابهم ومفاخرتهم بالاسلام فمن كان له اب في الاسلام يفتخر على من لا اب له ولا يعد له
كنزله والكفاءة في الحرية نظيرها اي نظير الكفاءة في الاسلام في جميع ما ذكرنا من الوفاق والخلاف فان
العبد لا يكون كفوا لمن هي حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفوا لها والمعتق ابوه لا يكون كفوا لمن لها ابوان
في الحرية لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة بسببه وروي عن ابي يوسف ان
الذي اسلم بنفسه او اعتق اذا احرز من الفضائل ما يقابل نسب الاخر كان كفوا له قال ويعتبر ايضا في
الدين اي في الديانة تعتبر ايضا الكفاءة في الدين اي في الديانة وهي التقوى والصلاح والحسب وهو
مكارم الاخلاق وانما فسر الدين بالديانة لان مطلق الدين الاسلام ولا كلام فيه لان اسلام الزوج من
جواز نكاح المسلمة انما الكلام فيما يحتاج الى اعتراض للاولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون الا في الدين
بمعنى الديانة وهذا اي اعتبار الكفاءة في الديانة قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه اي الدين بمعنى الديانة
من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانة
اولى بالاعتبار قوله وابو يوسف معه هو الصحيح اي كون قول ابي يوسف مع ابي حنيفة حتى تكون
الكفاءة في الدين قولهما جميعا هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية اخرى عن ابي يوسف انه لم يعتبر
الكفاءة في الدين حيث قال انه كان الفاسق ذا مروءة يكون كفوا وقال الولوالجي في شرح الجامع الصغير ان اراد
السلطان اذا كان ذو نخوة يكون لهم مهابة عند الناس وقال محمد لا تعتبر الكفاءة في الديانة لانه من امور
الاخرة فلا يبتنى عليه احكام الدنيا الا اذا كان يصفع اي يضرب على قفاه بعرض الكف ويسخر منه او
يخرج الى الاسواق سكران فيلعب به الصبيان فانه حينئذ لا يكون كفوا لامرأة صالحة من اهل البيوتات
قيل وعليه الفتوى لانه مستخف به اي بذلك الصفع وتعتبر الكفاءة في المال وهو ان يكون مالكا
للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية عن علمائنا حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون
كفوا اما المهر فلانه بدل البضع فلا بد من ايفائه واما النفقة فلان قوام الازدواج ودوامه بها والمراد
بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا ليس يطالب به فلا يسقط الكفاءة قوله وعن ابي
يوسف هو غير ظاهر الرواية روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف قال الكفو هو الذي يقدر على
المهر والنفقة قلت فان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفو قلت فان ملك النفقة دون
المهر قال يكون كفوا قال الصدر الشهيد في تعليله لان المهر يجري فيه التساهل والتأجيل ويعد
قادرا على المهر بيسار ابيه وامه وجده وجدته ولا يعد قادرا على النفقة بيسار الاب لان الاباء في العادات
يتحملون المهر عن الاولاد دون النفقة الدارة قوله فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة قوله
عن ابي حنيفة في ذلك روايتان في رواية لا تعتبر هو الظاهر حتى يكون البقال كفوا للعطار وفي رواية
قال الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك
والدباغ ووجه الروايات ما ذكره في الكتاب وهو واضح قال واذا تزوجت ونقصت عن مهر مثلها اذا
تزوجت ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها
وقالا ليس لهم ذلك قال المصنف وهذا الوضع اي وضع القدوري هذه المسئلة على هذا الوجه انما يصح على
قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي فقيل ليس لهم الاعتراض واقول هذا انما يستقيم ان
لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فانه لو اذن لها الولي بالتزوج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه

يصح وضع المسئلة على قول محمد الاول وكذلك لو اكره السلطان امرأة ووليها على تزوجها بمهر قليل ففعل
ثم زال الاكراه ورضيت المرأة دون الولي فالمسئلة تكون على قول محمد الاول فلم يكن في هذا الوضع
دلالة على رجوع محمد الى قولهما والوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب واضح قوله فاشبه
الكفاءة يعني في تعيير الاولياء بكل واحد منهما ولقائل ان يعترض بان الشرع قد ندبنا الى رخص الصداق
دون ترك الكفاءة وكذلك النبي صلى الله عليه وسلم لم يضع بناته بغير الاكفاء وزوجهن بادنى
الصداق فانه ما زاد على ربع اواقي والاوقية نصف الاوقية ومهورهن كانت فوق مهور سائر النساء
لان الزيادة تعدد الشرف ولم يزل الشرف كان بقريش فلا مشابهة بينهما والجواب ان وجه
التشبيه ما ذكرناه من تعيير الاولياء وهو وصف مؤثر في الباب واما ان لا يكون بين المشبه والمشبه
به فرق بوجه من الوجوه فلم يشترطه احد من ذوي التحصيل قوله بخلاف الابراء بعد التسمية حيث
لا يتعيرون على قولهما بعد التسمية وذلك لان الاولياء لا يشتغلون باستيفاء المهر عادة وربما يعدونه كرما
من اللوم في العادات قوله واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ظاهر قوله ومعنى هذا الكلام انه
لا يجوز العقد بيانه ان هذا الكلام وهو قوله وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن
الناس فيه بظاهره يدل على ان العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لان المانع من قبل التسمية
وفسادها لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها اصلا او تزوجها على خمر او خنزير وهو قول بعض مشايخنا وقال
اخرون معناه ان نفس النكاح لا يجوز وهو مختار شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام والمصنف لهما
ان الولاية مقيدة بشرط النظر ولا نظر فيما اذا حط عن مهر مثلها او زاد على مهره فيكون العقد باطلا
كما اذا باع الاب مالا من الصغير بغبن فاحش او اشترى بالزيادة كذلك ولهذا لا يملك ذلك غيرهما
ولابي حنيفة رحمه الله ان الحكم يدار على دليل النظر بقرينة النظر والضرر في هذا العقد
باطنا لكن للنظر دليل يدل عليه وهو قرب القرابة الداعية اليه وهو موجود ههنا فيترتب الحكم
وهو جواز النكاح عليه وانما قلنا بان النظر والضرر في هذا العقد باطن لان المقصود منه ليس هو
المال البتة بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة في الاختان والعرايس فيجوز
ان يكون نظر الاب في الحط والزيادة الى ذلك ويجوز ان لا يكون فكان النظر والضرر باطنين فادير
الحكم على الدليل بخلاف البيع فان المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فلم يكن في معاملته
شيء غير به خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر واما في غير الاب فالدليل الدال على
النظر معدوم قوله ومن زوج ابنته تظهر بذلك المسئلة في التزويج بضرر ظاهر وكلامه ظاهر

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل
كتصرف الولي على المولى عليه ناسب ان يذكرها في باب الاولياء في فصل على حدة قوله وغيرها يعني غير
الوكالة كنكاح الفضولي قال ويجوز لابن العم ... وتحرير المذاهب فيه ظاهر وقد جمع بين دليل زفر
والشافعي في الكتاب في معنى وهو ان الواحد لا يكون مملكا ومتملكا لشيء واحد في زمان واحد واستثنى
الشافعي الولي لان مذهبه فيه كمذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله وبناه على الضرورة قلنا اذا الوكيل

وبناه

قوله وما زاد ... يخالفه ما في النهاية ... كان صداق فاطمة رضي الله عنها اربعمائة درهم

في النكاح سفير ومعبر وكل من هو كذلك لا يمتنع ان يكون مملكا ومتملكا لانه لا تمانع في التعدد بان يقول تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا واما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهي لا ترجع اليه لانه سفير لا مباشر بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه فاذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين اي شطري الايجاب والقبول لان الواحد لما قام مقام اثنين قامت عبارته الواحدة ايضا مقام عبارتين فلا يحتاج الى القبول **قوله** وتزوج العبد والامة ظاهر **قوله** وله مجيز اي قابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا آخر او وكيلا او اصيلا **قوله** العقد وضع لحكمه بناء على ان المقاصد الاصلية هي الاحكام والاسباب والعلل وسائل اليها والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم وامتحان الناس بتمليك اموال الناس الناس وحدهم فيه من الفساد ما لا يخفى واذا لم يكن فائدة كان كلامه لغوا **قلنا** ان ركن التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت صدر من اهله وهو الحر العاقل البالغ مضافا الى المحل وهو الانثى من بنات آدم وليست من المحرمات ولا ضرر في انعقاده لكونه غير لازم متوقفا على الاجازة فينعقد موقوفا فان رأى فيه مصلحة نفذه والا ابطله **قوله** وقد يتراخى حكم العقد جواب عن قوله لان العقد وضع لحكمه وتقرير القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يعدم بل تأخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه متراخ الى سقوط الخيار **قوله** ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة ظاهر والفرق بين المسئلتين ان الاولى لا مجيز لها فلا يتوقف والثانية لها مجيز فيتوقف لما تقدم ان شرط التوقف وجود المجيز **قوله** وهذا اي مجموع ما ذكر قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا زوجت نفسها فبلغه يعني بغير مجيز فاجاز جاز **قوله** وحاصل ذلك قال الامام المحبوبي ههنا ست مسائل ثلاث منها تتوقف على الاجازة بالاتفاق احدها ان الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان وقبل عنه فضولي آخر او قال الرجل زوجت فلانة وهي غائبة فاجابه فضولي وقال زوجتها منك او قالت المرأة زوجت نفسي من فلان الغائب وقبل عن فلان فضولي يتوقف العقد على الاجازة في هذه الفصول الثلاثة بالاتفاق لانه عقد جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الاجازة وفي ثلاث منها خلاف احدها ما ذكرنا وهو قوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة والثانية ان تقول المرأة زوجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه احد والثالثة ان يقول الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل احد فعلى قولهما لا يتوقف العقد على اجازة الغائب وهو قول ابي يوسف اولا وعلى قوله آخرا يتوقف فهو يعطيه الفضولي من الجانبين لو كان مأمورا من الجانبين نفذ فاذا كان فضوليا يتوقف لانه كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن ابتداء فكذا باعتبار الاجازة انتهاء لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والاعتاق على مال فان الزوج اذا قال خالعت امرأتي على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلسها جاز بالاتفاق وكذلك الطلاق والاعتاق على مال والجامع احتياج الكل الى الايجاب والقبول ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالقيام قبل قبول الآخر ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك فكذا عند الغيبة لان الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لا تختلف وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه تنتقل كلامه الى العاقدين فيصير كلامين وما جرى بين الفضوليين عقد تام لوجود الايجاب والقبول فيتوقف وكذا الخلع واخواته اي الطلاق على مال والعتاق عليه لانه تصرف يمين من جانبه ولهذا كان لازما لا يقبل الرجوع واليمين يتم بالحالف فكان عقدا تاما وانما قال من جانبه لان الخلع من جانبها معاوضة على ما يجيء **قال** ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين لا يخلو اما ان يكون التوكيل بامرأة معينة او غيرها والثاني

مسئلة الكتاب وهو على ما ذكره واضح وكان ابو يوسف رحمه الله يقول اولا لا يصح نكاح احديهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق احدى امرأتيه ثلاثا بغير عينها قال شمس الائمة السرخسي وهذا ضعيف لانه اشبه بالطلاق لاحتمال التعليق بالشرط دون النكاح وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق وفي المحيط ولو وكله ان يزوجه فلانة فزوجها واخرى معها في عقد واحد جاز نكاح فلانة للامر به وتوقف نكاح الاخرى على الاجازة لانه فضولي فيها **قوله** ومن امره امير تقييد بالامير وحكم غيره كذلك قال الامام المحبوبي وعلى هذا الخلاف اذا لم يكن امرأة زوجها او كبيرة او مقعدة عمياء او مقطوعة اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة اما اتفاقا اذا ما قيل تقييده بذلك ليظهر الكفاءة فانها من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما وقيد بقوله امة لغيره لانه لو زوجه امة لنفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة واشار اليه في الدليل بقوله وعدم التهمة فاما اطلاق اللفظ فان لفظ امرأة مطلق يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امرأة يقع على الحرة والامة جميعا **قوله** وهو التزوج بالاكفاء قال الكاكي وان ذلك المسئلة على ان الكفاءة تعتبر في النساء للرجال ايضا عندهما وكذا ذكره في المبسوط قلنا العرف مشترك يعني كما هو مستعمل فيما قلتم مستعمل فيما قلنا فان الامراء كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الاماء للتسهيل والموضوع على ان عرف من حيث العمل لا من حيث اللفظ وبيانه ان العرف على نوعين لفظي نحو الدابة فانه يختص لفظا بالفرس وكذا المال عند العرب بالابل وعملي اي العرف من حيث العمل اي من حيث ان عمل الناس كذا كالبيع بنقد يعتاده البلد حاصله فلا يصلح مقيدا لاطلاق اللفظ لانصراف لفظي والتقييد يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يردان عليه وذكر يعني محمد في وكالة الاصل اشارة الى ما ذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما في الوكالة لما ذكر في الكتاب وهو واضح

باب المهر

لما ذكر ركن النكاح وشرطه

شرع في بيان المهر لانه حكمه فان مهر المثل يجب بالعقد فكان حكما له والمهر هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع اما بالتسمية او بالعقد وله اسامي المهر والصداق والنحلة والاجر والفريضة والعقر لا خلاف لاحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر قال الله تعالى لا جناح عليكم ... لغة لا ينبئ الا عن الانضمام والازدواج يتم بالمتناكحين فلو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص **فان قيل** المهر واجب شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه **اجاب** بقوله ثم المهر واجب شرعا يعني ان وجوبه لتشريف لصحة النكاح وانما هو ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح **فان قيل** المهر وجب شرعا ... فلا بد له من دليل **قلت** دل عليه قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومعنى هذا حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا في النكاح الصحيح فعلم ان ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا ان النكاح عقد انضمام يتم بالزوجين **قوله** وفيه اي فيما اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها خلاف مالك يعني انه لا يجوز قال لانه عقد معاوضة ملك منفعة بملك مهر فيفسد بشرط نفي عوضه كالبيع بشرط ان لا ثمن ويحتاج الى الفرق بين ترك التسمية وشرط ان لا يكون مهر اذ القياس على البيع يقتضي شمول العدم وفرق بينهما احد ثابت مشغوفين المتعة كما سيجيء **قلنا** دلالة حديث ابن مسعود رضي الله عنه على جوازه ينفي المهر ذكره لانه على

جواز تركه ذكره لان ما يكون عوضا يشترط ذكره في العقد كالمختلف الحال بين تركه ذكره ونفيه كالبيع وأقل
المهر عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها شرعه الله تعالى لحاجتها صيانة لنفسها
عن الابتذال فكان التقدير اليها **ولنا** قوله صلى الله عليه وسلم لا مهر اقل من عشرة انما ذكره بالواو لكونه
معطوفا على ما قبله في الحديث فهو ما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا لا تزوج
النساء الا الاولياء ولا تزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفي حديث ابن عمر ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال لا قطع في اقل من عشرة دراهم ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفيه بحث من اوجه الاول انه
خبر واحد فلا يجوز تقييد الاطلاق قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم الاية لانه نسخ الثاني انه معارض بقوله
صلى الله عليه وسلم وبه امرأة قصيرة فاخبر انه اتزوج فقال صلى الله عليه وسلم كم سقت اليها فقال زنة نواة من
ذهب فقال صلى الله عليه وسلم اولم ولو بشاة رواه جماعة والنواة خمسة دراهم عند اكثرهم وقيل ثلاث دراهم
وثلث وبما روي ان امراة قامت وقالت وهبت نفسي منك يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم لا حاجة
لنا اليوم بالنساء فقال الرجل لي حاجة زوجنيها يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم هل عندك شيء تصدقها
فقال ما عندي الا ازاري فقال صلى الله عليه وسلم لا فالتمس شيئا ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا
فقال صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القران قال نعم سورة كذا وكذا فقال صلى الله عليه وسلم زوجتكها
بما معك من القران الثالث ان هذا الحديث متروك العمل في حق الاولياء فيكون في حق المهر كذلك لانه ان
كان صحيحا وجب العمل به على الاطلاق وان لم يكن صحيحا وجب ترك العمل به كذلك واما العمل ببعض دون
بعض فتحكم محض **والجواب** عن الاول ان التقييد ثبت باشارة قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في
ازواجهم لان الفرض بمعنى التقدير وكان المراد باموالكم في قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم الا تعلم ... في الحديث
مقداره وهذا لان كل مال وجب بالشرع تولى بيان مقداره كالزكوات والكفارات وغيرها فكذا المهر وعن
الثاني بان الاحاديث تدل على ما تعجل بالسوق اليها اما في حديث عبد الرحمن فلانه مصرح به واما في الحديث
الاخر فلانه امره بالتماس وذلك غير معتبر عندنا وليس كلامنا فيه وانما الكلام في الذي يثبت الابية
وعن الثالث كما ذكرنا ان عائشة رضي الله عنها عملت بخلافه ولو لم تعرف نسخها ما فعلت ذلك فقام دليل
النسخ تركه ما لم يقم ولا التحكم **قوله** ولانه حق الشرع اي المهر حق الشرع من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى قد
علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم على ما عرف في الاصول وكان ذلك لاظهار شرف المحل فيتقدر بما له خطر
وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة لانه يتلف به عضو محترم فلانه يتلف به منافع بضع كان اولى
ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كالعدم
كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس **ووجه** الاستحسان ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار
مقضيا بالعشرة اما باعتبار ان العشرة في كونها صداقا لا تتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله كما في اضافة
النكاح الى نصفها صح في جميعها واما حقها وهو ما زاد على العشرة فقد رضيت بسقوطه لان الرضا بما دون العشرة
رضى بالعشرة واما باعتبار ان لها برضاها بما دون العشرة اسقطت حقها وحق الشرع على ما قررناه فما كان حقها
فقد سقط لولايتها على نفسها وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه **قوله** ولا معتبر بانعدام التسمية
جواب عن قوله كانعدامه يعني ليس هذا القياس صحيحا لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى
فيه بالعوض اليسير فلا يكون عدم التسمية دليلا على الرضا بالعشرة فلذلك لم تجب العشرة وانما يجب مهر المثل
بخلاف الرضا بما دون العشرة فانه رضا بها لا محالة ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهم ووجبت
المتعة عنده كما اذا لم يسم شيئا **قال** ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المهر بعد وجوبه بالتسمية او بنفس العقد
يتقرر باحد الامرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة وبالموت اما الدخول فلانه يتحقق به تسليم

المبدل

المبدل وهو البضع وبه اي بتسليم المبدل يتاكد تسليم البدل وهو المهر كما في تسليم المبيع في باب البيع
يتاكد وجوب تسليم الثمن فانه وجب الثمن قبل ذلك لم يكن متاكدا لكونه على عرضية ان يهلك المبيع في يد
البائع وينفسخ العقد وبتسليمه يتاكد وجوب الثمن على المشتري وكذلك وجوب المهر كان على عرضيته
ان يسقط بتقبيل ابن الزوج او الارتداد والعياذ بالله تعالى وبالدخول تاكد واما الموت فلان النكاح
ينتهي به نهايته حيث لم يبق قابلا للرفع والشيء بانتهائه يتقرر ويتاكد فيجب ان يتقرر بجميع مواجبه
الممكن تقريرها لوجوب المقتضي وانتفاء المانع كالارث والعدة والمهر والنسب **وقلنا** مواجبه الممكن
تقريرها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعد انقضاء العدة فان النفقة لا تجب بعد الموت وتحل
لها التزوج بعد انقضائها ولم يحل وقت النكاح وانما الذي يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة
ويعلم حكمه من قوله وان طلقها قبل الدخول او الخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من
قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به
قوله والاقيسة متعارضة جواب عما يقال ينبغي ان يسقط الكل لانه بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود
عليه سالما اليها فيجب ان يسقط كل البدل كما اذا تقابلا ان قالا **ووجهه** ان الاقيسة متعارضة
فانه قياس يقتضي ذلك كما ذكرت وقياس اخر يقتضي وجوب كل المهر لانه فوت ما ملكه باختياره وذلك
يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري اذا اتلف المبيع قبل القبض واذا تعارض القياسان وجب المصير الى
النص وفيه بحث من اوجه الاول ان القياس لو وجد لا وجود له على مخالفة النص فضلا عن الاقيسة
والثاني ان التعارض اذا ثبت بين الحجتين كان المصير الى ما بعدهما الى ما قبلهما والثالث ان القياسين
لا يتعارضان ولو ثبت التعارض ... بل يعمل المجتهد بايهما شاء **واجيب** عن الاول بانه ذكر تعارض
القياسين ههنا ليس لاثبات الحكم بهما او باحدهما بل لبيان ان العمل بهما غير ممكن لتعارضهما ومخالفة
كل منهما النص فصار كانه قال وجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع الى القياس والمعقول لكان
تركنا مجرد القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وان لم يكن وقت العمل بالقياس من غير
نظر الى النص لزم ترك القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص وبهذا تخرج الجواب عن السؤالين الاخرين
فانه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها بل هو على سبيل الفرض والتقدير لا يرد ما يرد في اوان يكون قبل
للطلق قد علم معناه مما تقدم **قال** وان تزوجها ولم يسم لها مهرا المفوضة والتي شرط في نكاحها ان لا مهر
لها فلها مهر المثل ان دخل بها الزوج او مات عنها وكذا اذا ماتت وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت
واكثر اصحابه على ان تجب في الدخول لان المهر خالص حقها فيتمكن من نفيه ابتداء كما يتمكن من
اسقاطه انتهاء **ولنا** ان المهر وجب باحق الشرع كما مر وانما يصير حقها حالة البقاء فتملك الابراء دون
النفي لان الاصل انه لا يلاقي التصرف بما تملكه دون ما لا تملكه ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة
لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره **ووجهه** الاستدلال ان الله تعالى قال
لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن والفريضة هي المهر
اي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المسيس وفرض الفريضة وامر بالمتعة مطلقا
وهو على الوجوب وقوله حقا وكذا قوله ايضا وكلمة على فهذه المتعة واجبة عندنا رجوعا
الى الامر وعند مالك انها مستحبة في جميع الصور لان الله تعالى سماها احسانا
بقوله تعالى حقا على المحسنين **واجيب** بان ذلك مصروف الى التي لها مهر او نصفه لئلا يعارض
الامر وفيه نظر لان متاعا مصدر مؤكد لقوله متعوهن والمراد بهذه المتعة الواجبة فكيف يصرف الى
المستحب والاولى ان يقال الامر وكلمة على في على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ومتاعا وحقا وكلمة على في

قوله على المحسنين كلها تقتضي الوجوب وتاكيده فاما ان يبطل ذلك كله لاجل لفظ الاحسان اوتاويله
لادراكه تعدى عن التاويل بتاويل بان معناه على المحسنين الذين يقيمون الواجب ويزيدون على ذلك
احسانا منهم والله اعلم والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها درع وخمار وملحفة هي التي كانت من السلة
في الكرابيس وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم وهذا التقدير اي تقدير
العدد مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم وذلك لان المراة تصلي في ثلاثة اثواب وتخرج
فيها عادة فتكون متعتها ذلك **قوله** لقيامها مقام مهر المثل قال في الدراية كان من حقه ان يقول لقيامها
مقام نصف مهر المثل لان المهر التابع لا يجب في صورة من الصور اذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده لحاق
المتعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر الى تمام مهر المثل ونصفه وفي مهر المثل المعتبر
حالها فكذا فيما كان مقامه **قوله** والصحيح انه يعتبر حاله زايدا على المعتبر اي الفقير والمعقل اي وهو اختيار
ابي بكر الرازي عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره اي على الغني تقدر حاله وعلى المقتر اي الفقير
المقل بقدر حاله ثم المتعة انما تكون زايدة على نصف مهر المثل والا فان كانت ناقصة فلها نصف
مهر المثل لان مهر المثل هو العوض الاصلي ولكن تعذر التنصيف بجهالته فصار الى خلفه وهو المتعة
فلا تزاد على نصف مهر المثل وان لم تكن فاما ان يكون مساوية له او لا فان كانت مساوية فلها المتعة
اثباتا للنص وان لم تكن فاما ان تكون اقل من خمسة دراهم او لا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل
والمتعة خلف ولا مهر اقل من عشرة دراهم فلا متعة اقل من خمسة وان لم تكن فلها المتعة بالنص
فان قيل نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل فتقييدها تعينه له وهو نسخ فالجواب ان قوله تعالى قد علمنا
ما فرضنا عليهم في ازواجهم دل على ان المهر معلوم شرعا والايجاب بالتسمية في مهر من تعتبر بمهر مهر
المثل بيانا لذلك المعلوم المجمل وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم ولا مهر اقل من عشرة دراهم فكان
معارضا لانه المتعة والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما فتاملا اذ كان العواعة الاصولية
على ذكر منك **قال** وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها
بالاتفاق وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو
قول الشافعي لانه مفروض والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى فنصف ما فرضتم **ولنا** ان
هذا تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل اذ لو لم يكن كذلك لو جب عليه اذا دخل بها مهر المثل والمفروض
جميعا اما مهر المثل فلانه الواجب بهذا العقد ابتداء لعدم التسمية واما المفروض جميعا اما مهر المثل
فبحكم التسمية فكان كما اذا سمى لها مهرا آخر زاد لها شيئا فانهما يلزمانه على تقديري الدخول والموت لكنه
يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض فكان تعيينا له ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما
تلا يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم المفروض في العقد لانه هو المتعارف **قوله** وان زاد ها في المهر بعد
العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر فانه يقول الزيادة هبة مبتدأة لا تلتحق باصل العقد ان تتنصف ملكت
والا فلا وعد المصنف ان يذكره في زيادة الثمن والمثمن ونحن نشبعه في ذلك **قوله** لان التنصيف
عندهما يختص بالمفروض في العقد يعني بناء على ما ذكرنا انه ينصرف الى المتعارف وعنده المفروض بعده
كالمفروض فيه عملا بظاهر قوله فنصف ما فرضتم من غير فصل **قوله** على ما مر يعني في المسئلة المتقدمة
قال واذا خلا الزوج بامراته هذا بيان ان الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كمال المهر
وعدم عندنا خلافا للشافعي فانه يقول لها نصف المهر لان المعقود عليه وهو منافع البضع انما يصير
مستوفى بالوطى فلا يتاكد المهر دونه لان التاكيد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمها بالوطى ولم يوجد
ولنا انها سلمت وتقريره ان الواجب لا يكون الا مقدورا والمقدور لها تسليم المبدل برفع الموانع وقد

وجد

وجد منها ذلك فيما كرحقها في البدل كما في البيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب فيه تسليم
الثمن على المشتري واما ما ذكران المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطى فصحيح لكن ذلك تسليم وليس في
قدرة المراة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك **قوله** وان كان احدهما مريضا بيان لما تكون ما يمنع عن الخلوة
حسا كان او شرعا **قوله** وقيل مرضه حاصله ان المرض في جانبها متنوع بالاختلاف واما المرض من
جانبه فقد قيل انه ايضا متنوع وقيل بل غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع انواعه وذكر
على التوافق لا الاصدر الشهيد هو الصحيح ووجهه ما قاله المصنف بمرضه لا يعري عن تكسر وفتور **قوله**
وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار **اعترض** عليه بانه ينبغي ان لا يلزمه كل
كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير الافساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان **واجيب**
بان لزوم القضاء في التطوع عندنا الضرورة صيانة المودى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدر
فلا يتعدى الى فساد الخلوة بخلاف قضاء رمضان فان لزوم قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان
انوع عاما **قوله** وهذا القول في المهر هو الصحيح اي الاخذ برواية المنتقى في حق كمال المهر دفعا للضرر
عنها هو الصحيح ~~اي الاخذ برواية~~ واما في حق جواز الافطار فالصحيح عدم رواية المنتقى بل في حق
جواز الافطار الرواية الاخرى واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن ابي حنيفة رحمه الله ان
صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لانه يمنعه عن الوطى شرعا لما فيه من ابطال العمل الموهم **قال** واذا خلا
المجبوب بامراته المجبوب هو الذي استوصل ذكره وخصياه من الجب وهو القطع اذا خلا المجبوب بامراته
ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض لوجود آلة الجماع
في المريض دونه فجامع خلافا للمجبوب والمرض مانع عن الخلوة فالجب اولى بخلاف العنين فان الوقوف على
حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجودا سبب الى الوطي اذ الاصل السلامة في الوصف ايضا فيدار
الحكم عليه ولابي حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق المستحق لانه وسع مثلها في هذه الحالة وقد
اتت بما وجب عليها واما عدم التسليم فذاك ليس من جهتها كما تقدر وعليها العدة في جميع هذه المسائل
يعني فيما اذا كانت الخلوة صحيحة او فاسدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع
والولد انما احتاج الولد فلقوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين
ماءه زرع غيره والمقصود منه رعاية نسب الولد فهو حقه فلا تصدق المراة في ابطال الحق الغير لما
لم نطابق ومثل معناه فلا تصدق الزوج في ابطال حقها بعد ما اطلاق المهر فانه لا يجب بالخلوة
الفاسدة لانه مال لا يحتاط في ايجابه **قوله** وذكر القدوري في شرحه اي في شرحه لمختصر الكرخي
وكلامه واضح **قال** وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل
الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي تجب لكل مطلقة وهو تفسير ما تقدم من قوله ثم هذه
المتعة واجبة وتفصيله ان لا تكون المتعة للمستثناة مستحبة لانه استثناها من الاستحباب وكذا نص
باستحبابها لها في المبسوط والمحيط والمختصر وزاد الفقها وجامع الاسبيجابي ويقتضي ان لا تكون المتعة
واجبة للمستثناة عند الشافعي لانا استثناها من الوجوب وذكر في المختصر انها واجبة عنده لهذه المستثناة
ايضا واذا عرفت هذا فاعلم ان معنى كلامه وتستحب المتعة لكل مطلقة غير التي ذكرناها من قبل الا
المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج لا آخره وهو اختيار القدوري فانه ذكر في شرحه ان المتعة
واجبة ومستحبة فالواجبة التي طلقها قبل الدخول لا تسمية لكل مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول
وقد سمى لها مهرا فقد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة ومخالفا للكتب المذكورة واما الشافعي
فله في المستثناة قولان في قوله القديم تجب وهو الذي ذكره صاحب المختصر وفي الجديد لا تجب وهو

الذي ذكره في الكتاب وهو أصح القولين فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلاثة أقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لأن المطلقة إما أن تكون ملموسة أو لا فإن لم تكن فإما أن يكون مهرها مسمى أو لا فإن لم تكن فهي التي وجبت لها المتعة وإن كانت ملموسة سواء كان مهرها مسمى أو لم تكن تستحب لها المتعة وعند الشافعي هي تنقسم إلى واجبة وإلى غيرها واستدل له في الكتاب بقوله لأنها وجبت وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة **وتقريره** المتعة وجبت صلة من الزوج لأنه أوحشها بالفراق وكل ما كان كذلك يجب أن يجب لكل من أوحشت فالمتعة تجب لكل مطلقة لأنها أوحشت بالفراق إلا أن في هذه الصورة يعني المستثناة نصف المهر يجب بطريق المتعة لأن الطلاق فسخ معنى في هذه الحالة لعود ما لها إليها سالما وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع لكن الشرع أوجب نصف المهر بطريق المتعة والمتعة لا تتكرر فلا تجب المتعة لهذه المطلقة وتجب لغيرها لأنها قد وجبت صلة احترازا عن قولنا إن المهر عوض والمتعة خلف عنه والفائدة تظهر في مسئلتين إحداهما أن المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا لأنها قد استحقت عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره وعنده تستحق لأنها صلة بسبب الإيحاش فيجب المهر احتباسا لمنافع البضع والمتعة لوحشة الفراق والثانية أن المتعة لا تزاد على نصف المهر عندنا لئلا يربو الخلف على الأصل وعنده تزاد **ولنا** أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لوجود حد الخلف لأن مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة ولما أن العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم كما عرف في الأصول فكان وجوب المتعة مضافا إلى العقد بعد مهر المثل ولا نعني بالخلف إلا ما يجب بعد سقوط شيء مضافا إلى سبب ذلك الشيء كالتيمم مع الوضوء فثبت أنها خلف والخلف لا يجامع الأصل فالمتعة لا تجامع مهر المثل ولا شيئا متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض عنده قبله واعلم أنه قيل في توجيه كلامه أن المراد بالأصل كل المفروض كما إذا كان بعد الدخول والتسمية وبقوله شيئا منه نصف المفروض كما إذا كان قبل الدخول وبعد التسمية وفيه نظر لأنه حينئذ يكون منقطعا عن الكلام الأول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل فإن سياقه هكذا المتعة خلف عن مهر المثل والخلف لا يجامع الأصل فالمتعة لا تجامع الأصل وهو مهر المثل وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى عدم وجوب المتعة مع وجوب المسمى أو بعضه ومع وجوب المسمى وبعضه ومع وجوب مهر المثل فالصواب أن يقال الأصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه وجوبا والمراد بقوله ولا شيئا منه المسمى وبعضه ومن هي من البيانية كما في قوله تعالى المنافقون والمنافقات بعضهم من بعض أي بعضهم متصل ببعض فيكون معناه والخلف وهي المتعة لا تجامع الأصل وجوبا وهو مهر المثل إذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا تجامع شيئا متصلا بالأصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله ويكون قوله ولا شيئا منه ملحقا بالثابت بالقياس المتقدم لأنه من نتيجته لأنه لم يذكر في مقدماته لكنه لما كان متصلا ملحقا بحكمه ومعنى الاتصال بين مهر المثل والمسمى كلاهما يمنع أمثالا لأنهما هو المهر عند الله ديانة كما عرف في الأصول ثم بعض هذا قوله في آخر كلامه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر ليتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه هذا الذي سنح لي في حل هذا المكان والله أعلم **قوله** وهو غير جان جواب عن قوله أوحشها بالفراق لكن لم يكن في الإيحاش جانيا لأنه فعل ما فعله بإذن الشرع فلا تلحقه الغرامة بوجوب المتعة فكان المتعة بما ويل المتاع من باب الفضل أي الاستحباب **قال** وإذا زوج الرجل بنته أي إذا زوج رجلان كل منهما بنته أو أخته الآخر بشرط أن يزوجه الآخر بنته

ما إذا كانت فهي المستثناة التي لا تستحب لها المتعة

او اخته

أو أخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل وسمي هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والإخلاء وسمي به لأنهما بهذا الشرط كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه وقال الشافعي النكاحان باطلان لأنه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة لأنه لما جعل ابنته منكوحة للآخر وصداقا لابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما بنصفين نصف للزوج بحكم النكاح والبضع لبنته بحكم المهر فيلزم الاشتراك ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الإيجاب **ولنا** أنه سمى ما لا يصلح صداقا لكونه ليس بمال فيصح العقد ويجب مهر المثل كما إذا سمى الخمر والخنزير **قوله** ولا شركة بدون الاستحقاق جواب الخصم **بيانه** أن البضع ما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لأن منافع بضع المنكوحة لا تصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة قال وإن تزوج حر امرأة على خدمته لها سنة أو على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وإن تزوج عبد حرة بإذن مولاه على خدمته لها سنة جاز ولها الخدمة وقال الشافعي لها الخدمة وتعليم القرآن في الوجهين يعني سواء كان حرا أو عبدا لأن ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصح مهرا لأن المهر عوض فيتحقق بذلك والتعليم والخدمة كذلك لأنه استئجار يستحق عليه تعليم القرآن والأذان والإمامة جائز عنده [illegible] حر آخر وعلى رعي الزوج غنمها **ولنا** أن المشروع في عقد النكاح هو الابتغاء بالمال لقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم والتعليم ليس بمال فلا يكون الابتغاء به مشروعا وكذلك المنافع على أصلنا [illegible] العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد كالإجارة وكذلك الحر على هذه النكتة عند جواز النكاح على خدمة حر آخر أو رعي الغنم ولأن خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع لأن عقد النكاح يقتضي أن تكون المرأة خادمة والزوج مخدوما بقوله صلى الله عليه وسلم النكاح رق فإن جعل خدمة الزوج مهرا كان الرجل خادما والمرأة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف وبخلاف خدمة حر آخر برضاه فإنه يصح أن يكون مهرا [illegible]

[illegible]

ولا كذلك الحر ... لأن فيه قلب ... بحال ... الطلاق قوله ولا كذلك الخ سعدي افندي

فكان المناسب أن يقول وكذلك المنافع على أصلنا لئلا يوهم الالتباس ولعل الأولى أن يقال محمد يحقق معها في سلب المالية عن الخدمة قبل العقد وإنما ثبت لها بالعقد وهما يثبتان لها المالية بمجرد العقد بل بالتسليم بعده فإن الضرورة إنما يندفع به فاندفع المناقضة والحق الحق سعدي افندي

هو الابتغاء بالمال والثاني اشارة الى قوله ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح والمعنى
الثاني ان في قوله اذ لا تستحق فيه بحال لا دلالة له على ان الخدمة ليست بمال انما ما تعينه من وجود
المقتضي وانتفاء المانع وهو لا يتم لانه للخصم ان يقول لا نسلم انها لو كانت مالا لما استحقت فيه **قوله**
لانه وجد المقتضي وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال بعلة المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا
الى المناقضة وضبه مانع اخر عن الاستحقاق لكن يتماعى بكلمة او ولقائل ان يقول قوله وعلى قول ابي
حنيفة وابي يوسف مستغنى عنه لانه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث ويمكن ان يجاب عنه
بانه اعاده تمهيدا لبيان التعليل بقوله وهذا اي وجوب مهر المثل لان تقومه بالعقد ضروري لان تقوم
المستوفى ضرورة حاجة الناس في العقود وهي انما تندفع بالتسليم الى المحتاج فاذا لم يجب تسليمه
كان اولى فتامل **قال** فان تزوجها على الف هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الاولية الى قسمين اما
ان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود او على ما يتعين به كالعروض والحنطة والشعير وكل
واحد منهما على وجهين اما ان يكون الصداق مقبوضا او لا ولم يكن وكل واحد منهما على وجهين
اما ان تهب المرأة الكل او البعض فان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين وهو الف درهم فقبضتها ثم
وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة درهم لان الزوج يستوجب عليها الرجوع
بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فانه ينصف الصداق بالنص ولم يصل اليه عين ما استوجبه
بالهبة لان الدراهم والدنانير لا يتعين بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت هبة هذه الالف كهبة
الف اخرى واذا لم يصل اليه عين ما استوجبه كان له الرجوع وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا آخر
في الذمة غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف ذلك لعدم التعين
ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها
لم يرجع احدهما على الاخر بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم اليه
المهر بالابراء وما سلم له بالابراء ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه بنصف من المهر بالطلاق غير
قبل الدخول فالزوج سلم له عين ما يستحقه فلا ابراء المرأة عما يستحقه **وجه** الاستحسان ان
ما يستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب آخر وهو
الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لآخر
لك علي الف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال الآخر الجارية جاريتك ولي عليك الف
ولزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع الجارية ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت
الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء
عند ابي حنيفة وقالا يرجع بنصف ما قبضت وكذا اذا قبضت البعض ولان هبة البعض اي البعض
الذي لم يقبضه حط والحط يلتحق باصل العقد فكانه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة ولابي حنيفة
رحمه الله ان مقصود الزوج وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب
الرجوع عند الطلاق كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل وفائدة قوله بلا عوض تظهر
فيما اذا باعت من زوجها **قوله** والحط جواب عن قولهما ولان هبة البعض حط **وجهه** ذلك ان الحط
انما يلتحق باصل العقد اذا كان العقد عقد معاينة يحتاج الى دفع الغبن عن احد الجانبين بالزيادة او
الحط والنكاح ليس كذلك **واستوضح** المصنف بقوله الا ترى ان الزيادة يعني ان الحط والزيادة
متساويان في الالتحاق باصل العقد والزيادة في النكاح لم تلتحق باصل العقد حتى لا تتنصف الزيادة مع
الاصل بالاتفاق فكذلك الحط ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي مثل ما اذا تزوجها على الف

قوله وهذا اي وجوب مهر المثل **اقول** وعندي هو اشارة الى وجه دلالة قوله اذ لا يستحق فيه بحال على عدم المالية لا تدفع ما ذكره. سعدي ... وهو الخدمة

قوله وانما قال الموجب اشارة الى انه لو كان مالا متقوما لوجب تسليمه في عقود المعاوضة. سعدي ...

نوهبت

فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة يرجع الزوج عليها بثلثمائة درهم حتى يتم
النصف وعندهما يرجع عليها باربعمائة درهم لانه عنده ما سلم للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكانه
تزوجها على ما قبضت فيتنصف المقبوض وهو ثمانمائة ولو كان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض
فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف
قيمته لان الواجب فيه رد نصفه كان المهر عليها من تقريره يعني في قوله لانه سلم له المهر بالابراء فلا ابراء
عما يستحقه **وجه** الاستحسان ما ذكره ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من
جهتها وقد حصل اليه **قوله** ولهذا اي ولان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها
لم يكن لها ان تدفع شيئا آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وهي المسئلة الاولى حيث يرجع عليها
بالنصف لان حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعين ولهذا لو دفعت مكانه شيئا آخر جاز بخلاف
ما اذا باعت يعني الصداق العرض من زوجها لانه وصل اليه ببدل وهو يستحق عليها نصف المهر
بلا بدل فلا يفوت عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فكذلك يرجع عليها بنصف المهر ولو تزوجها على
حيوان يعني مثل الفرس والحمار ونحوهما لا مطلقه او عروض في الذمة بان قال على ثوب هروي بين جنسه
ونوعه فانه يجب حينئذ الوسط مما سمي وثبت دينا في الذمة فيشبه النقود فكذلك الجواب يعني اذا وهبته له
ثم طلقها قبل الدخول بها لم يكن يرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض لان المقبوض متعين في الرد يعني
انها لو قبضته تعين عليها رده بعينه وكل ما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان من جنس ما يتعين
بالتعيين واذا وهبت ما يتعين بالتعيين فان كانت الهبة بعد القبض فقد وصل اليه عين حقه لان
اختلاف السبب غير معتبر وان كانت قبله فقد وصل اليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر الى اشنين صح
ولا معتبر باختلاف السبب **قوله** وهذا لان الجهالة اشارة الى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين
والى ان المقبوض متعين في الرد وتقريره الجهالة تحملت في النكاح وكل ما تحمل في النكاح لا يتأتى في
النكاح فالجهالة لا تتأتى في النكاح فاذا شرط ذلك في العقد صح ولا بد من تعيين ليتحقق الايفاء عند
الحاجة اليه فاذا عين بالقبض صار كان التسمية وقعت عليه ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا
عين بالقبض وفائدة الاولى صحة العقد وان كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر المثل وفائدة الثانية
عدم رجوع الزوج عليها بشيء اذا وهبته له وعدم ولاية الاستبدال ان لم تهب وطلقها قبل الدخول بها
بخلاف الدراهم والدنانير **قال** واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة وقد تقدم ان النكاح
لا يبطل بالشروط الفاسدة فاذا تزوج امرأة على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج
عليها او على ان يطلق فلانة فالنكاح صحيح وان كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسدة
لانه فيه المنع عن الامر المشروع فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه سمى ما يصلح مهرا وقد تم رضاها به
وان لم يوف به فلها مهر مثلها وصورة المسئلة فيما اذا كان مهر المثل اكثر من الالف لانه سمى لها ما فيه نفع
حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية
الكرامة بان سمى مع الالف ان يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة ومما تعب به وكما لو سمى الهدية مع الالف
بان يرسل اليها مع الالف الثياب الفاخرة ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها صورة المسئلة
ظاهرة ووجه قول زفر انه ذكر مقابلة شيء واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وهما الالف والالفان
فيفسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل ولهما ان ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا ولابي حنيفة
ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه فيتعلق العقد به ثم لم يصح الشرط الثاني لان الجهالة نشأت منه ولم يوجد
النكاح وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوجها على الف بان كانت جميلة وعلى الف ان كانت قبيحة

حيث يصح فيها الشرط بجميعها بالاتفاق والمشكلة في فتاوى الولوالجي وغيره **وأجيب** بأن معنى الأولى وجود المخاطرة في التسمية الثانية لأنه لا يدري أن الزوج يخرجها أو لا وفي المسألة الثانية لا مخاطرة لأن المرأة إما جميلة في نفس الأمر وإما قبيحة وغرة الزوج لا تعرفها وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا والمصنف لم يذكر وجه الأقوال الداخلة على باب الإجارة على أحد الشرطين ولم يذكرها هنا في المختصر وإنما ذكر مسئلة الخياطة على ما سيجيء إن شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد فصل أحد انتصابه الأصلي عند أبي حنيفة مهر المثل وإنما يصار إلى التسمية إذا صحت من كل وجه ولم يتمحض الجهالة وعند صاحبيه الأصل هو المسمى وإنما يصار إلى مهر المثل إذا فسدت من كل وجه وههنا ليس كذلك لإمكان العمل بالأوكس لكونه متيقنا كما في الخلع والإعتاق على مال على هذا الوجه فإن الأوكس في ذلك متعين ومانع الحكم واضح وإنما قال في مهر المثل إذ هو الأعدل لأنه لا يقبل الزيادة والنقصان لأن قيمة منافع البضع وقيمة الشيء لا يقبل الزيادة والنقصان بخلاف التسمية لأنها تقبلهما **قوله** إلا أن مهر المثل جواب عما يقال إذا كان مهر المثل هو الأعدل كان المصير إليه واجبا في الأحوال الثلاث **ووجهه** أنه كذلك إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضيت بالحط وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة فعملنا بهما **وقوله** والواجب بالطلاق قبل الدخول جواب عما يقال إذا كان كذلك كان الواجب أن يجب نصف الأرفع فيما يجب فيه الأرفع مهرا لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله وهو ما يكون التسمية فيه كأنه المتعة ونصف الأوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة **قال** وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف صورة المسئلة أن يقول تزوجتك على حمار أو فرس قال المصنف معنى هذه المسئلة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف يريد أنه لم يقل جيد أو وسط أو ردي إلى غير ذلك من أوصافه ورد بأن الفرس والحمار نوع لا جنس **وأجيب** بأنه يجوز أن يكون مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شيء وعلى كل ما أشبهه ويرد عليه قوله إذا لم يسم الجنس بأن يتزوج على دابة لا يجوز التسمية ويجب مهر المثل فإنه اسم جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شيء وعلى كل ما أشبهه ولم يصح به التسمية والحق أن يقال المراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم **قوله** وقال الشافعي يجب مهر المثل واضح **قوله** ولنا أنه معاوضة مال بغير مال معناه أن في النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة فنظرنا إلى معنى التزام المال ابتداء يعني بغير عوض فلأنه معاوضة مال بغير مال وكان كالدية والإقرار حيث يلزم فيهما أيضا مال من غير أن يكون في مقابلته عوض ما فجعلنا معنى التزام المال ابتداء **وقلنا** لا يفسد بأصل الجهالة لأن الجهالة في مثله متحملة كما في الدية فإن الشرع جعل فيها مائة من الإبل غير موصوفة وكما في الإقرار فإن من أقر بشاة يصح إقراره وعملنا بمعنى المعاوضة وشرطنا أن يكون المسمى مالا معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمرأة كما وجب في الزكاة ذلك رعاية لجانب الغني والفقير وذلك إنما يتحقق عند إعلام الجنس لأنه يشتمل على الجيد والردي والوسط والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط حينئذ لاختلاف معاني الأجناس فإنه إذا أعطى دابة لم يجد نوعا بوسط فيلزمه مهر المثل **قوله** بخلاف البيع جواب عن قوله ما لا يصلح ثمنا لا يصلح مسمى في النكاح **ووجهه** أن مبناه على المضايقة والمماكسة أي المنازعة لأنه معاوضة ومنه المكس فيه معنى الالتزام ابتداء فيفسد بأصل الجهالة وأما النكاح فمبناه على المسامحة فلا يفسد بالجهالة ما لم تفحش **وقوله** والزوج مخير متعلق بقوله في الزوج مخير ومعناه أن لكل واحد من الوسط والقيمة جهة أصالة أما القيمة فلأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا في حق الإيفاء وأما الوسط فلأنه المسمى فوقعت عليه فتخير بينهما وأجبرت المرأة على القبول فأيهما أتى **قوله** وإن تزوجها على ثوب غير موصوف يحتمل بذكر نوعا منه **قوله** إذا الثياب أجناس يعني أنها تكون قطنا وكتانا وإبريسما وغيرها **قوله** وكذا إذا بالغ في وصف الثوب

معنى المبالغة فيه هو أن يوصله إلى حد يجوز فيه عقد السلم **قوله** في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن أبي حنيفة أن الزوج يجبر على تسليم الوسط وهو قول زفر لأنه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الأمثال ولهذا يجوز فيه السلم وعن أبي يوسف أنه إن ضرب الأجل يجبر على الدفع وإلا فلا لأنه بضرب الأجل صار نظير السلم **وجه** الظاهر ما ذكرنا أنها ليست من ذوات الأمثال بدليل أن مستهلكها لا يضمن بالمثل فصارت كالعبيد وكذا إذا سمي مكيلا أو موزونا وسمى جنسه مثل أن يقول تزوجتك على كر حنطة أو من زعفران أو قلم تردد على ذلك كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته وإن سمى جنسه وصفته لا يخير بل يجبر على الوسط لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حالا أو مؤجلا ولهذا جاز استقراضه والسلم فيه **قوله** وإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد معناه أن قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبولك الخمر وهذا شرط فاسد والنكاح لا يبطل به لأن الشرط فيه لا يزيد على ترك التسمية أصلا وذا لا يفسده فهذا أولى بخلاف البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لأن الشرط فيه بمعنى الربا وهو يفسده وفي قوله بخلاف البيع إشارة إلى رد قياس مالك رحمه الله النكاح على البيع فإنه قال التسمية للخمر والخنزير تمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن إيجاب الخمر والخنزير في العقد على المسلم فكان كما لو باع عبدا بهما **وقلنا** لم يصح التسمية في نفسها لكون المسمى ليس بمال أي ليس بمال متقوم في حق المسلم فمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل **قال** فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فصورة المسئلة ظاهرة وحاصل الاختلاف أن محمدا مع أبي يوسف في ذوات الأمثال في أن الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع أبي حنيفة في ذوات القيم في إيجاب مهر المثل دون القيمة ثم الأصل أن المعتبر هو الإشارة عند أبي حنيفة في الفصول كلها والتسمية عند أبي يوسف في الفصول كلها والإشارة في الجنس الواحد والتسمية في الجنسين عند محمد وللمصنف قدم دليل أبي يوسف وهو ظاهر ثم ذكر دليل أبي حنيفة وقال فيه لكونها يعني الإشارة أبلغ في المقصود وهو التعريف لأن الإشارة بمعنى وضع اليد على الشيء فيحصل بها كمال التمييز لأن الإشارة إلى الشيء وإرادة غيره ممتنعة وأما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ويجوز إطلاق اللفظ وإرادة غير ما وضع له وآخر دليل محمد وكأنه إشارة إلى اختيار مذهبه ودليله موقوف على تقديم مقدمتين إحداهما أن المراد بالماهية هي الحقيقة من حيث هي وبالذات موجود في الخارج يمكن أن يكون مشارا إليه بإشارة حسية والثانية أن المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين آحاده أمرا واحدا يكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والمذكاة والزكية والذكر والأنثى في غير الإنسان وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما أكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل والخمر فإن الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة في الخل والشدة في الخمر والمعنى كالإسكار وعدمه والجارية والعبد فإن الفاصل بينهما الاسم فإذا ظهر هذا فإذا اجتمعت التسمية والإشارة في العقد وكان المسمى والمشار إليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار إليه لأن التسمية هناك لا تدل على ماهية أخرى وإنما تدل على صفة والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار إليه الصفة لم يعتبر الصفة لغيبتها وإن كان من جنسين فالمعتبر هو المسمى لأن التسمية حينئذ تدل على ماهية خلاف المشار إليه فيكون المسمى مثل المشار إليه في استحقاق أن يكون مرادا ولا يكون تابعا لأن المقتضي لعدم شيء لا يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية أبلغ في التعريف إذا كانا من جنسين من حيث أنها تعرف الماهية والإشارة إنما تعرف ذات المشار إليه من غير دلالة على حقيقته هذا الذي سنح لي في حل هذا المحل وأنا زيد كتابنا وهو أن كل موضع دلت التسمية فيه على معنى يخص المشار إليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد وإن كان صفة كونه عبدا إذا ارتفعت عاد حكم العدم الواسطة وكذا

في المبنة والذكية والذكر والانثى وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحق المشار اليه عند ارتفاعه
لو نحو جالواسطة فيهما جنسان فان صفة كونه حلالا اذا ارتفع لا يلزم ان يكون حرم الجواز ان يكون خمرا
وكذا اذا ارتفع كونها جارية لا يلزم ان يكون عبدا لجواز ان يكون حرة وعلى هذا اذا تزوجها على هذين
العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة لانه يعتبر الاشارة
الى الحر يخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا فكانه تزوجها على عبد فليس لها الا ذاك ولا
تجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان **ووجه** ابي يوسف ظاهر وكذا وجه محمد لانه في الجنس الواحد يعتبر
الاشارة ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر
المثل والمصنف ذكر في دليل ابي حنيفة **قوله** لانه منسمى بناء على ما ذكرنا ان الاشارة ابطلت العقد الثاني
قوله ووجب المسمى وان كان اقل يمنع وجوب مهر المثل **اعترض** عليه بما قال الكل هذا لو تزوجها
على الف ان اقام بها الى ان قال لا اخرجها فلها مهر المثل وبما قال في الزيادات ان الرجل اذا تزوج
امراة على الف درهم مهرا وعلى ان يعتق اباها ثم ان لم يف بالشرط فلها الالف الى تمام مهر المثل **واجيب**
بان في ذلك الشرط استحق بعقد النكاح نفعا به يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل واما الحر
فلم يستحق اصلا بان الوقوف على ما شرط عليه ممكن لا بوقوف على خطر الوجود فلو لم يجب لها الى تمام مهر
المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه اما هنا فيمكن الوقوف على ما اشار اليه قبل النكاح بالفحص
فلو لزمها ضرر لزمها بنوع من تقصيرها **قال** واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد بنكاح
النكاح بلا شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها
والملاعنة واضح **قوله** هو يعتبره بالبيع الفاسد يعني ان القيمة في البيع الفاسد يجب بالغة ما بلغت وان زادت
على الثمن فكذلك مهر المثل وان زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا اصليا فاذا اعترض الفساد يرجع
الى الموجب الاصلي **ولنا** ان المستوفي ليس من منافع البضع بهذا العقد هو ليس بمال وكل ما ليس بمال
ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتسمية والتسمية غير صحيحة فبطلت ولا بد من تقوم المستوفى من منافع
البضع شرعا نظرا الى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المعوضة ان كان يحمله
ذلك مهر المثل فيبطل ما زاد عليه وهذا يقتضي ان لا ينتقص من مهر المثل اذا زاد على المسمى لكن الزيادة
على المسمى لا تجب لانعدام التسمية اي تسمية الزيادة على المسمى **فان قلت** هل هذا الا تناقض لانك
اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا نقصت منه
وهي وان كانت فاسدة يجب شمول العدم وان كانت صحيحة يجب شمول الوجوب **قلت** هي صحيحة
من وجه دون وجه صحيحة من حيث ان المسمى ما يتقوم لان فرض المسألة فيه فاسدة من حيث
اذا زاد ثبت صحة اذا نقصت لانضمام رضاها اليها وهذا الحل من خواص هذا الشرح وانما قيدت
المستوفي بهذا العقد لان الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمعوضة فان المستوفي هناك ايضا ليس بمال
فلم يتقوم بالتسمية بل بالعقد **قوله** بخلاف البيع جواب عن قياس زفر وهو واضح **قوله** وعليها العدة
يعني في النكاح الفاسد اذا دخل بها لما ذكرنا ان الخلوة فيه لا تقام مقام الدخول فلا بد من حقيقة الدخول
لوجوب العدة ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه **قوله** الحاقا للشبهة بالحقيقة
اي الثابت من وجه بالثابت من كل وجه في موضع الاحتياط وكان قوله وتحرزا عن اشتباه النسب تفسير
للاحتياط بطريق العطف ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من اخر الوطئات وقال زفر يعتبر من اخر
الوطئات حتى اذا وطئ في النكاح الفاسد ثم حاضت ثلاث حيض ثم فرق القاضي تعتد عندنا وعنده يكون
عدتها منقضية **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول زفر **قوله** لان التمكن باعتبار شبهة النكاح يعني
من حيث وجود ركنه من الايجاب والقبول وشبهة النكاح رفعها بالتفريق **قوله** التفريق في
موضعين يشير الى انه لا بد من متفرق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل لكل واحد
من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ وعند بعضهم ان لم
يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ الا بمحضر من صاحبه كما في
البيع الفاسد فان لكل من المتعاقدين حق الفسخ دون محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك
بعد القبض فاما ان يكون التفريق بمعنى الرفع والترك كل واحد منهما واما ان يكون وضع المسألة
فيما اذا رفعا حكمهما عقد الى الحاكم **قوله** ويثبت نسب ولدها ظاهر مما تقدم **قوله** وتعتبر مدة النسب
من وقت الدخول عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لان
حكم الفاسد يوجد من الصحيح والفتوى على قول محمد لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة
باعتباره اي اقامة النكاح مقام الوطئ باعتبار ان النكاح داع الى الوطئ والنكاح الفاسد ليس بداع
اليه فلا يقام مقامه وفي تعليله هذا اشارة الى فساد قياس ابي حنيفة وابي يوسف **قال**
ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها اعلم ان مهر المثل يعتبر بعشيرتها التي من قبل ابيها كالاخوات والعمات
وبنات الاعمام وقال ابن ابي ليلى يعتبر امها وقوم امها كالخالات ونحوها لان المهر قيمة بضع النساء
فيعتبر القرابات من جهة النساء ولنا قول ابن مسعود لها مهر نسائها وهن اقارب الاب لانه اضافهن اليها فانما يضاف
الى اقارب الاب لان النسب اليه ولان قيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم ابيه
لا من جنس قوم امه الا ترى ان الام قد تكون امة والابنة تكون قرشية تبعا لابيها ولا تعتبر بامها وخالتها اذا لم يكونا
من قبيلتها بان يكون ابوها تزوج بنت عمه فان امها وخالتها تكونان من قبيلتها **قوله** لما بينا اشارة الى قوله
وقيمة الشيء انما يعرف بالنظر في قيمة جنسه **قوله** ويعتبر في مهر المثل ظاهر **قوله** باختلاف الدار اي البلد
وكان ما صله ان مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى نظيره بصفته والمراد بالسن سن وقت
التزوج واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يعني اذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح ضمانه
من اهله لالتزام وقد اضاف الضمان الى ما يقبل الضمان وهو المهر لان المهر دين والكفالة والضمان يصحان
فيه فان قلت يجوز ان يكون مراده ان الولي زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر للمراة قلت ينبو عنه قوله
ثم المراة بالخيار وان كانا في الصحة سواء وذكر في باب الولي من شرح الطحاوي ان الاب اذا زوج الصغير
امراة فللمراة ان تطالب المهر من ابي الزوج فيتوكل الاب من ابنه الصغير فان لم يضمن الاب بالعقد صريحا
بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس للمراة ان تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن **قوله** ثم المراة بالخيار ظاهر
وقوله ويصح ابراؤه اي ابراء الاب المشتري وكذلك الوصي وعليه ضمانه اي يملك الاب قبض الثمن
بعد بلوغ الصغير **قوله** ولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة جواب عما يقال ان الاب يملك قبض الصداق
ايضا كالوكيل يملك قبض الثمن ولو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وذلك لا يجوز هناك فكذلك في الاب
قوله وللمراة ان تمنع نفسها اذا تزوج امراة على مهر فاما ان يكون المهر كله معجلا او مؤجلا او بعضه
معجلا وبعضه مؤجلا فان كان الكل معجلا فاما ان دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل بها فللمراة ان تمنع
نفسها حتى تاخذ المهر ولها ان تمنعه عن اخراجها الى السفر لان حقها في البدل وهو المهر كما تعين
حقه في المبدل وهو البضع وصار كالبيع فان البائع له ان يحبس المبيع حتى ياخذ الثمن للتسوية بين البدلين
في التعيين وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج عن منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله
لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس حق الاستيفاء قبل الايفاء فان دخل بها فنذكره وان كان الكل مؤجلا

فاما ان دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل فليس لها ان تمنع نفسها لانها اسقطت حقها بالتاجيل وفيه خلاف
لابي يوسف قال موجب النكاح عند الاطلاق تسليم المهر ولا عينا كان او دينا فحين قبل الزوج الاجل مع علمه
بموجب العقد فقد رضي بتاخير حقه الى ان يوفي المهر بعد حلول الاجل وبه فارق البيع لان تسليم الثمن ليس
من موجبات البيع لا محالة الا ترى ان البيع لو كان مقايضة يجب تسليم احد البدلين اولا فلم يكن المشتري راضيا
بتاخير حقه في المبيع الى ان يوفي الثمن **قوله** لاسقاطها حقها بالتاجيل فاطلاقه يشير الى انه ليس لها المنع
لا قبل حلول الاجل ولا بعده وهو ظاهر الرواية اما قبل الحلول فظاهر واما بعده فلان هذا العقد ما اوجب
حق الحبس فلا يثبت بعده وفي هذا الوجه اذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند ابي حنيفة ومحمد فلان
لا يكون لها ذلك بعده اولى **قوله** وان دخل بها يعني في الوجه الاول فكذلك الجواب عند ابي حنيفة يعني
للمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وكذا لا يسافر بها وذلك اذا كان الدخول برضاها اما اذا كانت مكرهة او
صبية او مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها ان كانت برضاها فعلى الاختلاف
وان كانت بغير رضاها لم يسقط حقها بالاتفاق ويبتنى على هذا استحقاق النفقة تستحقها مدة المنع عنده لانه
منع بحق ولا تستحقها عندهما لانها ناشزة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة
والخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر وتسليمه يسقط حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع **قوله** وله انها منعت منه
ما قابل البدل ان يكون مقاوضة وتقريره ان الاشتمال المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة فانما
منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم واذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله وجاز
ان يكون معاوضة وتقريره انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم والتصرف
فيه لا يخلي عن البدل ابانة لخطره والمنع عما يقابل البدل صحيح **قوله** والتاكيد بالواحدة اي بالوطئة الواحدة
جواب عن قولهما ولهذا يتاكد بها جميع المهر وهو واضح فان كان بعضه مؤجلا كان لها ان تخرج قبل اداء
المعجل فاذا ادى لم يكن لها ذلك الا باذنه فان قلت فان سموا المهر ساكتين عن التعجيل والتاجيل ماذا يكون
حكمه يجب حالا وقد اشير الى ذلك في دليل ابي يوسف ايضا فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله واذا اوفاها مهرها
نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل الى بلد غير بلدها وقول الفقيه ابي الليث لان
الغريب يؤذى قال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بقول الله تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه ابي الليث
ورد بان الفقيه هو الذي يقول الله تعالى لان قوله من حيث سكنتم مخصوص بدليل مستقل مقارن
وهو قوله تعالى ولا تضاروهن وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة ... ابو القاسم الصفار ... يخرجها
من المدينة الى القرية ومن القرية الى المدينة فعلى ذلك تتوليه وليس بسفر واخراجها من بلد الى بلد
سفر وليس بتوليه **قال** ومن تزوج امراة ثم اختلفا في المهر فهذه المسئلة على وجوه لان الاختلاف اما
ان يكون في حياتهما او بعد الوفاة اختلاف الورثة بعد موتهما او يكون بعد موت احدهما فان كان في حياتهما فاما ان
يكون قبل الطلاق او بعده وكلا ذلك على وجهين اما ان يكون الاختلاف في اصل التسمية او في مقدار
المسمى اما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد موت احدهما فالقول قول المراة الى تمام مهر مثلها
او ورثتها والقول قول الزوج او ورثته في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد وكلام ... بتحرير المذاهب
ظاهر **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا في تفسير قول ابي يوسف ان المراد به ما يكون دون
العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر اقل من عشرة دراهم والاصحاح ان المراد به ان يدعي شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج
مثل تلك المراة على ذلك عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيع ايضا اذا اختلفا في الثمن بقدر مستنكر شرعا **قوله** لا يصار
اليه اي الى مهر المثل **قوله** وهو قياس قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد وانما خصهما بالذكر لان عند ابي يوسف
القول قول الزوج في جميع الصور **قوله** لان المتعة موجبة بعد الطلاق اي موجب العقد اذا كان الطلاق قبل

الدخول كمهر المثل قبله اي قبل الطلاق فيحكم المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله **قوله** ووجه التوفيق اي
بين رواية الجامع الكبير وبين روايتي المبسوط والجامع الصغير وهو واضح **قوله** فالقول قوله يعني مع اليمين
لان الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان نكل يقضى عليه بالفي
درهم كما لو اقر لان النكول اقرار وان كان الغلبة فالقول قولها اي مع يمينها لان الزوج يدعي عليها الحط
وهي تنكر فان نكلت تقضى بالف درهم اقرت بالحط وان حلفت يقضى لها بالفي درهم الف بطريق التسمية
لاتفاقهما على تسمية الالف والف باعتبار مهر المثل قائلة هكذا انتخيير الزوج في هذا الالف الثانية
اعطى الدراهم وان شاء اعطى الدنانير وايهما اقام البينة في الوجهين اي فيما اذا شهد مهر المثل شاهدا
للزوج وفيما اذا شهد مهر المثل للمراة تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول وهو ما اذا كان مهر
المثل ... شاهدا للمراة بينة لانه تثبت الحط عن مهر المثل وهي تنكر
والمراة تدعي عليه الزيادة وهو ينكر وينبغي ان يقرع القاضي بينهما في البداية لاستوائهما وان نكل
الزوج تقضي بالف وخمسمائة كما لو اقر بذلك صريحا وان نكلت المراة وجب المسمى الف لانها اقرت بالحط
وان حلفا جميعا وجب الف وخمسمائة الف بطريق التسمية لا تخير الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الالف
وخمسمائة باعتبار مهر المثل يتخير فيه الزوج وان اقاما البينة قبلت بينته وان اقاما تقضي بالف
وخمسمائة الف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا لمكان التعارض
ونص محمد في هذه المسئلة بينة المراة لاثباتها الزيادة وذكر الامام المحبوبي بعد ذكر وجوب مهر المثل
فيما اذا تحالفا فقال ثم اذا تحالفا يبدا بيمين الزوج لانه ابتداء انكارا وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة
لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات وتخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول
الثلاثة على قول ابي حنيفة ومحمد وهي ان تكون مهر المثل شاهدا له او شاهدا لها او كان بينهما ثم يقضى بالف
مهر المثل لانهما اتفقا على اصل التسمية والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل وانما هو للمعرفة من
شهادة الظاهر فهو الاصل في الدعاوي ان يكون قول من يشهد له الظاهر مع يمينه ولو كان الاختلاف في اصل
المسمى بان ادعى احدهما التسمية وانكر الاخر كان القول قول من ينكر التسمية ويجب مهر المثل بالاجماع المركب اما
عندهما فلانه الاصل في الحكم واما عند ابي يوسف فلانه تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف
فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما بان الحي وورثة
الميت فالجواب فيه كالجواب في حياتهما في الاصل والمقدار عندهما يحكم مهر المثل لان مهر المثل لا يسقط
بموت احدهما الا ترى الى مسئلة المفوضة اذا مات احدهما وعند ابي يوسف القول قول الزوج او ورثتها تقدم ذكره
الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى القليل خلافا
لابي يوسف فانه يستثنيه كما تقدم وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة يحكم مهر المثل وهو قياس
قول ابي حنيفة لكنه تركه استحسانا لما نذكره وان كان الاختلاف بعد موتهما في اصل التسمية فعند
ابي حنيفة القول قول من انكر لا يحكم مهر المثل **قوله** لما نبينه من بعد اشارة الى دليل ابي حنيفة في المسئلة
التي تلي هذه المسئلة واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراثه وان لم يسم لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في
الوجهين المسمى في الوجه الاول وهو ما اذا سمى ومهر المثل في الوجه الثاني وهو ما اذا لم يسم اما الاول فهو دين
المسمى لان المسمى دين في ذمته اما ثبوته بالبينة او بالتصادق وقد تاكد بالموت فيقضى من تركته اذا
علم انهما ماتا معا او لم يعلم انهما ماتا او علم ان الزوج مات اولا واما اذا علم انها ماتت اولا فتسقط
نصيبه من ذلك واما الثاني فوجهه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما
اذا مات احدهما وهو قياس قوله لكن استحسن فقال ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من تقدر

القاضي مهر المثل وهذا يشير الى انه وضع المسئلة في صورة التقادم وقد روي عنه انه استشكل فقال
ارايت لو ادعى ورثة علي على ورثة عمر مهر ام كلثوم اكنت اقضي بشيء وهذا لان مهر المثل يختلف باختلاف
الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل
وعلى هذا اذا لم يكن العهد متقادما دينا بانه يختلف مهر مثل هذه المراة تقضي بمهر مثلها وللمشايخ طريق آخر وهو
ان مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب في مقابلة ما ليس بمال يشبه
الصلة كالنفقة فاعتبارا بالشبه الاول لم يسقط فلا يسقط بموت احدهما وباعتبار الشبه الثاني يسقط
فيسقط بموتهما لان المسقط تاكد بالموت ومن بعث الى امرأته شيئا ظاهر **قوله** فالقول قوله اي مع يمينه
فان حلف والمتاع قائم فللمراة ان ترد وترجع بما بقي من المهر وان كان هالكا لم ترجع **قوله** لما بينا
اشارة الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب **قوله** وقيل ما يجب عليه انما قيد بالوجوب
لانه اذا بعث الحنطة والملاءة كان له ان يحتسب من المهر لان ذلك لا يجب عليه **قوله** وعرم قيل كالعالية

فصل

لما ذكر احكام النكاح في حق المسلمين وهم الاصول في الشرائع ذكر من هو تبع لهم
في المعاملات احكام النكاح في الكفار واذا تزوج النصراني نصرانية قيل المراد بهما الذمي والذمية
ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي وقوله على ان لا مهر لها او يكون طلقه ليتنا وللمستامن ايضا وذلك في
دينهم جائز والواو للحال فليس لها مهر وان اسلما وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا اي عدم
وجوب المهر في الذميين والحربيين عند ابي حنيفة ووافقاه في الحربيين واما في الذمية فان
دخل بها او مات عنها فلها مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر رضي الله عنه
في الحربيين ايضا وقال الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وهذا الشرع
وقع عاما لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات فثبت الحكم على العموم وحاصل
كلامه المشروع في باب النكاح الابتغاء بالمال على العموم وكل ما كان كذلك ثبت حكمه على العموم ولهما ان اهل
الحرب لم يلتزموا احكام الاسلام وهو ظاهر فلا يكون الحكم عليهم الا بالالزام الا بالولاية وقد انقطعت الولاية
بتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات لان الالتزام بعقد
الذمة وقد وجد منهم فكان كالزنا والربا فانهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ولئن سلمنا انهم لم يلتزموا
لكن ولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات
كالصوم والصلاة وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات ايضا كبيع الخمر والخنزير وولاية الالزام بالسيف
والمحاجة وليست موجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل
الحرب في عدم الالتزام وانقطاع الولاية **قوله** بخلاف الزنا جواب عن قولهما كالزنا والربا ووجهه
ان الزنا حرام في جميع الاديان فلم يكن دينهم حتى يتركوه عليه والربا مستثنى عن عهودهم لقوله صلى
الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد الا حرف شنيه لا حرف استثنا كذا السماع والنسخ **قوله**
في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير وقد قيل في المتعة والسكوت روايتان يعني عن ابي حنيفة
في رواية تجب مهر المثل كما قالا وفي رواية لا يجب شيء وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى فرق واما على الرواية
الاخرى وهو رواية الاصل فيحتاج الى الفرق بين النفي والسكوت وهو ان النكاح معاوضة البضع
بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين فلم يوجد التنصيص على
نفي العوض يكون العوض مستحقا لها واما الميتة فانها ليست بمتقومة عند احد فكان التزوج عليها كالنفي
وهو مختار رفخر الاسلام من الروايتين ووجه رواية الاخرى ان احد المالكين نقوم الى بخلاف فاجب صلى الله
عليه وسلم اتركوهم وما يدينون يتبع حكم الشرع والا منع الا على الخلاف وعنده لا يجب شيء وعندهما يجب مهر

المثل **قوله** فان تزوج الذمي ذمية ظاهر **قوله** وهذا كله اي كل ما ذكره هو ما كانا متعينين او غير
متعينين عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين اي في المعين وغير المعين وقال
محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما انما جمع بين قولهما فان كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال ابو
يوسف فيهما بمهر المثل ومحمد قال فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لانهما يتفقان في انه
لا يوجب عين الخمر والخنزير لان القبض مؤكد للملك في المقبوض ولهذا ينتصف الصداق بالطلاق قبل
الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج شيء الا بالرضا او القضاء واذا مر يوم
الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض
ولا يجب الزكاة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده والمؤكد للملك يشبه العقد
لافادته ما لم يكن فيمنع القبض بسبب الاسلام كما لو كان ابتداء التمليك بالعقد بعد الاسلام الحاقا
لشبهة العقد بحقيقته في المحرمات وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما لان القبض فيه كالقبض
فيما اذا كانا باعيانهما كالعقد واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين
وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا ووجه قول محمد ظاهر ووجه قول ابي حنيفة ان الملك
في الصداق المعين يتم بنفس العقد فلهذا يملك التصرف فيه ولو هلك يهلك على ملكها وكل ما تم بنفس العقد
لا يحتاج فيه الى القبض للتمليك وبالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك اي الانتقال
لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة واما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك
لانه يفيد وجوب الدين في ذمته والقبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام عن تملك الخمر والخنزير
وقوله بخلاف المشتري متصل بقوله ان الملك في الصداق المعين الى آخره يعني بخلاف ما اذا باع
الخمر او الخنزير او اشتري ثم اسلم قبل القبض فانه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد لان البيع يستفاد
ملك التصرف فيه نعته لا قبله والاسلام مانع فيه **قوله** واذا تعذر القبض في غير المعين ظاهر
وقوله ولو طلقها الى آخره يعني قول ابي حنيفة في العين لها نصف العين وفي غير العين في الخمر
لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل
موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق كان الواجب المتعة بعد الطلاق وعند ابي يوسف لها
المتعة على كل حال وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال والله سبحانه اعلم

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان نكاح من له اهلية النكاح بلا عز توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان نكاح
من ليس له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن
مولاهما اما الامة فظاهر لان منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون اذنه واما العبد فعليه
خلاف مالك فانه يجوز نكاحه بدون اذنه لانه يملك الطلاق لان الطلاق بسبب ومن ملك شيئا ملك سببه الموصل
اليه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود واخرجه الترمذي
وقال هذا حديث حسن ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما ولهذا اذا اشترى عبدا او امة
فظهر متزوجا كان له ان يرده وليس لهما تعيب انفسهما رعاية لحق المولى فلا يملكانه بغير اذنه وفي هذا التعليل

جواب لمالك فان الطلاق ازالة للعيب ولا يلزم من جواز ازالته العيب جواز تعيينهما انفسهما
واستشكل بجواز اقراره بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص
عيب فيهما على قولهما واما على قول ابي حنيفة فبمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فكيف
جاز ذلك اجيب بان الرقيق في حقيقة الله باق على حريته والرق لا يؤثر فيهما فانه لزم من ذلك تعيب
فهو ضمني لا يعتبر ونحو ضعفه الاصول **قوله** وكذا المكاتب ظاهر **قوله** لما بينا يعني قوله لانه
من باب الاكتساب **قوله** فالمهر دين في رقبته يباع فيه لما عرف في الاصول ان ذمته قد ضعفت
بالرق فينضم اليها مالية الرقبة واستدل المصنف بقوله لانه دين وجب في رقبته وهو دليل
قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب وتقريره هذا دين وجب في الرقبة
يباع الرقبة فيه اما انه وجب فلتحقق المقتضي وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع
وهو حق المولى المصون من جهته واما انه وجب في الرقبة فللدفع المضرة عن اصحاب الديون
كما في الديون كما في دين التجارة فيباع الرقبة في المهر كما يباع فيه **قوله** دفعا للمضرة عن اصحاب
الديون يعني النساء **قوله** فليس هذا باجازة لانه اي قوله طلقها او فارقها يحتمل الرد لان رد
هذا العقد ومتاركته لا يرى انه لو قال في النكاح الفاسد طلقها كان متاركة واذا احتمل الامر
رجحنا جهة المتاركة لانه اليق بحال العبد المتمرد **قوله** اوهو اي الرد ادنى لانه دفع والطلاق
رفع والدفع اسهل من الرفع فكان الحمل عليه اولى فان قيل قوله طلقها حقيقة في ايقاع الطلاق
المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير الى المجاز اجيب بان الحقيقة قد
تترك بدلالة الحال وههنا كذلك وهي الاباء على رأي المولى وان قال طلقها تطليقة رجعية
او تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين
الاجازة فان قيل اذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا من النساء لا يثبت
به العتق وان كان التكفير بالمال وتزوج الاربع من النساء لا يكون الا بعد الحرية اجيب بانه
كان اصل الامر اثباته الاصلية للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء كالايمان وخطاب الكفار
بالشرائع لما عرف في الاصول وفي اثبات الاعتاق ذلك بخلاف ما نحن فيه فان النكاح ثابت باصل
في اثبات الاهلية له **قوله** ومن قال لعبده تزوج هذه الامة صورة المسئلة والاصل المذكور ظاهر وان
وتعيينه الاشارة والامة اتفاقي فان الحكم في غير المعينة وفي غير الامة كذلك ويبنى على هذا
الاصل المذكور حكمان احدهما ما ذكره انه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما والثاني انه اذا
تزوجها بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند ابي حنيفة لانتهاء الاذن بالعقد الاول ويصح
عندهما ووجهه من الجانبين على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر وانما قيد بالمستقبل لانه
لو حلف انه ما تزوج امرأة في الماضي وكان تزوج صحيحا او فاسدا حنث في يمينه كذا في النهاية
قوله كما في البيع يعني انه اذا امره بالبيع مطلقا يتناول الجائز والفاسد **قوله** على هذه الطريقة يريد
طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان قول الكل فالفرق لابي حنيفة ان مبنى الايمان
على العرف ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة الغرماء اذا كان النكاح بمهر
المثل المذكور بقوله ووجهه وتقريره لان المقتضي موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها وهو
ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح حق الغرماء مقصودا بالابطال منتف واذا تحقق المقتضي
وانتفى المانع يثبت الحكم البتة وانما قال مقصودا لان المزاحمة انما يتحقق بذلك واما اذا كان
ضمنا فلا معتبر به وههنا كذلك لان صحة النكاح بالآدمية وحق الغرماء لا يلاقيها لكن اذا صح النكاح بولاية

المولى تحصينا لملكه وجب الدين بسبب لا تمرله لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال لامكان كونه
الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء واذا كان الا كثر
منه فلا تساويهم بل يؤخر الى استيفائهم حقهم لكون الصحة مع دين المرض **قال** ومن تزوج
امته بوأت للرجل منزلا وبوأته منزلا اي هيأته وتمكنت له فيه ومن زوج امته فليس عليه ان
يبوئها اي يهيئها بيتا للزوج بيت اليها لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها
وانما يقال ذلك ليتحقق التسليم وكلامه واضح وحاصله ان حق المولى في الرقبة والمنافع سوى
منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيه ولا يلزم ابطال الكثير للقليل مع امكان تحصيله من غير ابطال
الكثير فله ان يبوئها وان لا يبوئها وان يستخدمها بعد التبوئة لكنه يسقط بنفقتها لما اشار اليه
بقوله لان النفقة تقابل الاحتباس **فان قيل** انتفاء الاحتباس انما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام
ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اذا حبست نفسها عنه لاستيفاء الصداق **اجيب** بان الحرة
اذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع ايفاء ما لزمه وههنا ليس من جهة الزوج
بل من جهة من له الحق وهو المولى فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها فان بوأها معه بيتا فولدت
من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لانه مملوك لمولاها ونفقة المملوك على المالك **قوله** وذكر تزوج
المولى يعني ذكر في الجامع الصغير تزوج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا
ان للمولى اجبارهما على النكاح ومعنى الاجبار ان المولى لو باشر النكاح بدون رضاهما نفذ **قوله**
لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان تقريره انه اذا وجد زناهما يعتل الحد هلاكا
او جارحا فيؤدي الاول هلاك ماله وفي الثاني نقصانه فانه اذا اشترى عبدا قد حد في الزنا فله ان
يرده فيملكه النكاح جل اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين
ملكه عن الزنا الموجب للهلاك او النقصان وليس المناط في جواز نكاح الامة حل تملك منافع بضعها
لانه يظهر في حق الاجبار لانعكس فان الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها والوكيل
تزويج الصغير ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا وقيل لو كان الاجبار باعتبار تحصيل
الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة ولم يجز اجاب بقوله بخلاف المكاتب والمكاتبة فان الملك لما كان
فيهما ناقصا بواسطة تملكهما اليد التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما وههنا فرع لطيف وهو ان
المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبني على الكتابة
ثم انها لو لم ترد حتى ادت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفا على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة
فيما يبنى على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى ادت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفا على اجازتها
لانها ملحقة بالبالغة فيما يبنى على الكتابة ثم ان الحق لا على اجازتها لانها بعد العتق لو بقي مكاتبة
وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة وقال في النهاية من الطف المسائل واعجبها حيث اعتبر
اجازة المكاتبة في حال رقها ولم تعتبر في حالة الرق لما ذكرنا من الفرق ومن زوج امته فماتت قبل الدخول
بها فان ماتت حتف انفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق وان قتلها اجنبي فكذلك وان قتلها مولاها
فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا مهر عليه للمولى وان المقتول ميت باجله عند اهل الحق فلا فرق
بين الصور الثلاث وله ان المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة يجازى
بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل وفي قوله يجازى اشارة الى الجواب عما يقال الصغيرة اذا ارضعت من
ام زوجها او المجنونة اذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل قبل التسليم حتى بانتا
منه ولم يسقط المهر وذلك لانهما ليستا من اهل المجازاة ونوقض بالصغيرة العاقلة اذا ارتدت قبل

الدخول يجازي بسقوط المهر كله ثم الصغيرة المجازاة **وأجيب** بأن ترك مجازاة الصغيرة إنما
تكون على أفعال غير محظورة إذا كانت عاقلة بدليل أنها تحرم الميراث بسببها وتشتاب بالجنس **قوله**
والقتل في أحكام الدنيا جواب عن قولهما لأن الميت مقتول بأجله **قال** فإن قتلت حرة نفسها
قبل الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وقتل المولى أمته والجامع امتناع البدل قبل
التسليم **قوله** ولنا أن جناية المرء **قوله** حتى تجب الكفارة عليه يعني إذا قتلها خطأ وكذلك تجب
الضمان على المولى إن كان عليها دين **قال** وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى وفي هذه المسألة
دلالة على جواز العزل وسئل ابن مسعود رضي الله عنه فقال لا بأس به ولو أن الله أخذ ميثاق نسمة
فلو ألقيتم في صخرة يخلق منها وروى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
مثله وهو ثلاثة أقسام عزل عن أمته المملوكة له ولا إذن فيه إلى أحد وعزل عن المرأة الحرة ولا إذن
في العزل إلا بإذنها بالاتفاق وعزل عن الأمة المنكوحة وفي تعيين الخلاف كما ذكر في الكتاب قوله
وإن تزوجت بإذن مولاها أو زوجها مولاها ثم أعتقت فلها الخيار إن شاءت أقامت معه وإن شاءت
فارقته سواء كان زوجها حرا أو عبدا وقال الشافعي إن كان عبدا فلها الخيار وإن كان حرا فلا خيار
لها واستدل على ذلك بما روي أن عائشة رضي الله عنها لما أرادت أن تعتق مملوكين لها مسلكين سألت
النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمرها بالبداءة بالغلام قال وإنما أمرها بذلك كيلا يثبت لها الخيار
ولأن الخيار فيما إذا كان عبدا لعدم الكفاءة وهي موجودة في الحر ولنا أن عائشة رضي الله عنها أعتقت
بريرة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا
فينتظم الفصلين الحر والعبد وإنما قالوا التعليل لأنه من باب قوله سها فسجد فالشافعي محجوج به فإن
قيل روى صاحب السنن بإسناده إلى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أن بريرة
خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا وروى أيضا بإسناده إلى عكرمة عن ابن عباس رضي
الله عنه أن زوج بريرة كان عبدا أسود يسمى مغيثا فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وأمرها أن تعتد فأنى
يكون الشافعي به محجوجا **قلت** روى البخاري ومسلم وأبو داود أيضا والنسائي والترمذي وابن ماجة
وأحمد رحمهم الله أن بريرة أعتقت وزوجها حر وإذا تعارضت الروايتان تركناهما وصرنا إلى ما يدل عليه لفظ
الحديث على ما ذكرنا محتجا به وقد سلكنا مسلك الترجيح في التقرير بأن المثبت أولى من النافي فليطلب
ثمة **قوله** ولأنه يزداد الملك عليها دليل معقول وقد تقدم بيانه وورد بأن عدة الطلاق عندنا معتبرة بالرجال فلا
يزداد عليها الملك إذا كان الزوج حرا **وأجيب** بأن كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي على ما سنبينه فيلزم
عليها الزيادة إذا أعتقت وإذا كان حرا ولا نسلم أنه أمر عليه الصلاة والسلام بالغلام لذلك وإنما
كان لأنه أفضل لفضيلة الرجال على النساء فإنهما لو أعتقهما معا ثبت الخيار أيضا عنده وليس ثبوت الخيار في العبد
لعدم الكفاءة فإن الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء ألا ترى أن الزوج إذا أعسر حتى خرج عن كفاءتها
لم يكن لها خيار وإنما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد وكذلك المكاتبة يعني إذا تزوجت
بإذن مولاها ثم أعتقت كان لها الخيار سواء كان الزوج حرا أو عبدا لزيادة الملك عليها وقال زفر لا خيار لها
لأن ثبوت الخيار في الأمة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود ههنا فإن المهر
لها والنكاح ما نفذ إلا برضاها ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح
النكاح ولا خيار لها أما صحة النكاح فلوجود المقتضي لصدور الركن الذي هو الإيجاب والقبول من أهله في محله
لكونها من أهل العبارة وانتفاء المانع لأن امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال بالعتق ولا خيار لها لأنه لا يتحقق زيادة الملك كما لو زوجت نفسها
بعد العتق والحكم في العبد كذلك وإنما خص الأمة بالذكر لتبني المسألة المتعلقة عليها لأنها لا تتأتى في حق العبد

ويجوز

ويجوز أن يكون تخصيصه بالأمة لتفريع مسألة الخيار عليها لأنه يختص بالإماء دون العبيد **قوله**
فإن كانت تزوجت بغير إذنه ظاهر وإنما قال في هذه الصورة في صورة المسألة بأن المسمى ألف ومهر المثل
مائة ليعلم أن المسمى وإن زاد على مهر المثل فهو للمولى إذا كان الدخول قبل العتق وكان ينبغي أن
يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما زاد للمرأة لأن مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد
عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه وجوابه ما ذكر في الكتاب
بقوله والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت
التسمية ووجب المسمى للمولى إن أعتقها بعد الدخول وللأمة إن أعتقها قبله فإن قيل تستند الحل
إلى وقت العقد فالمانع عن الاستناد قائم لأن المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال بالعتق
مقتصرا ألا ترى أن الأمة إذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك وتزوجت بغير
إذن المولى فدخل بها فأعتقها المولى لا تحل على زوجها الأول باعتبار أن العقد غير معتبر في حق
الدخول الذي كان قبل العتق أجيب بأن ما ذكرته قياس فإن القياس هو أنه يلزمه مهران مهر بالدخول
قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاستناد إلا أنهم
استحسنوا فقالوا يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد لأنه لو وجب مهر بالدخول لوجب
بحكم العقد لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا إلى العقد فلا يجب مهر آخر بالعقد فيجتمع
بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع وهذا كما ترى يدل على أن المانع من الاستناد على ما ذكر من المسائل
لم يزل والأولى أن يقال ليس المانع من الجواز هنا مجرد الملك وإنما هو الحاجة إلى الصيانة عن
الإضرار بالمولى فحين أعتقها المولى فقد خلا النكاح عن الإضرار بالمولى من وقت وجوده فثبت
الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف فإن الآخر يجب
عن عدم زوال الحرمة الغليظة لأن امتناع حلها على زوجها الأول إنما كان لأن الاستناد يظهر في القائم
لا في المتلاشي والمستوفى بالوطء متلاش **فإن قيل** القول بالاستناد ينتقض بالمسألة الثانية وهي
قوله وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها ولو استند الجواز إلى أصل العقد يجب أن يكون المهر للمولى
كما لو تزوجت بإذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى أعتقها أجيب بأن تحكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف
مستحقه لا فيما يختلف وههنا يختلف لأن المستحق زمان الثبوت هو الأمة وامتنع الاستناد هنا الاستحقاق
إلى زمان العقد لأنه لو استند هذا الاستحقاق إلى زمان العقد لبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت
فيبطل الاستناد من حيث يثبت **قال** ومن وطئ أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولده وعليه
قيمتها دون المهر وإنما قال ومعنى المسألة أن يدعيه الأب لأن محمدا لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير
ووجهه أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه فكلوا من أموالهم وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن
جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم وغير ذلك
وكل من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله ولاية تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء فإن قيل
لو كان لصيانة الماء كالبقاء النفس لما وجب عليه القيمة كما في الطعام أجاب بقوله غير أن الحاجة إلى إبقاء
نسله دونها إلى إبقاء نفسه ولهذا لا يجبر الولد على إعطاء الجارية والإنفاق للاستيلاد لكونه غير ضروري
فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة فإن عورض بأن الاستيلاد يعتمد الملك كما في المملوكة
أو حق الملك كما في المكاتبة وليس شيء من ذلك بموجود أجاب بقوله ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد
شرطا له إذ المصحح يعني للاستيلاد إنما حقيقة الملك أو حقه على ما ذكرنا وكل ذلك غير ثابت للأب

فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه لانه يعقب ما علق حق الولد لحاجة الولد الى صيانته عن الضياع وذلك بثبوت النسب لا ثبوت له بدون ذلك الملك فقدمناه اقتضاء لتقدم الشرط على المشروط واذا تقدم كان الوطء حاصلا في ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد فانه يسقط الاحصان ويحل الوطء ولو كان في الملك لما سقط ويحد قاذفه وقاساه بالجارية المشتركة فانه اذا استولدها وجب عليه العقر والمسئلة معروفة تغني في شرح الجامع الصغير وعرفنا ان الملك عندنا يثبت قبل الاستيلاد شرطا وعنده يعقبه حكما والذي ذهبنا اليه هو الصواب لانا قد اتفقنا على ان استيلاد الاب جارية ولده صحيح ومن شرط صحته وقوع الوطء في الملك حتى لو خلا عنه اصلا لم يصح كما في جارية الاجنبي فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق دعوى نقض بان الجارية المشتركة بين الاب والابن اذا ولدت فادعاه الاب ثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع ملك وذلك يدل على ان الملك لم يثبت سابقا على الوطء وبانه اذا وطئها غير معلق وجب العقر ولو ثبت الملك قبلهما وجب وبانه اذا تقدم فانا ان لا يحد ولو ثبت الملك قبله لحد واجيب عن الاول بان تقدم الملك احتراز عن وقوع الاستيلاد في الملك حكما وفي تلك المسئلة نوع من الملك قائم فلا يحتاج الى تقديمه وعن الثاني بان اثبات الملك بصفة التقديم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق وهذا المجموع ليس بموجود ههنا وعن الثالث بان تقدم الملك انما هو ذكرناه يثبت شبهة يندرئ بها الحد ولو كان الولد تزوج جارية الاب اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لانه صح التزوج عندنا وقال الشافعي لا يصح لان للاب حق الملك في مال ولده حتى لو وطئ جارية على علم بالحرمة لم يلزمه الحد [illegible] في جارية لا يجوز تزوجه اياها كالمولى اذا تزوج امة من كسب مكاتبه لان حق الملك في مال ولده اظهر لانه يصح استيلاده في جارية الابن ويصح استيلاد المولى امة مكاتبه غير صحيح ولنا ان امة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطء ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة في الحال ان ملكها الاب بوجه من الوجوه والا لما كان للابن ملكها من كل وجه وذلك خلاف الحكم وكذا يملك الابن من التصرفات بما لا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل انتفاء ملكه **قوله** الا انه تسقط الحد الشبهة جواب عن قول الخصم لو وطئ جارية على علم بالحرمة عليه لم يحد ولم يذكره في الكتاب واذا كانت خالية عن ملكه صح النكاح واذا صح النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين لعدم الحاجة اليه فلا تصير ام ولد له ولا يملك ولده لانه اخوه وكذا لا قيمة له لانه لو علق حرا [illegible] صارت ام ولده فاذا استولدها بنكاح او شبهة نكاح اولى ان تصير ام ولده ولنا ان ما ذكرنا ان تملكه صار مصونا بالنكاح فلا يحتاج الى ملك اليمين لان اثباته لم يكن لصيانة الماء **قوله** ولا قيمة عليه فيها ظاهر **وقوله** واذا كانت الحرة تحت عبد واضح والفاظ تشبه عليها **قوله** لصحة العتق عنه اي عن الامر **قوله** اعتق طلب التمليك منه بقدمين اعتق عبدك الذي هو لك في الحال عنه بيعك لي اياه بطريق الوكالة عني فتكون امرا باعتاق عبدي لا عنه **قوله** اعتقت يكون بمعنى قولي بعت منك واعتقته عنك **فان قيل** لو صرح بالبيع لم يقع العتق الامر المأمور بالاعتاق فلا يكون المقتضي [illegible] التصريح به اجيب بان الشيء قد يثبت ضمنا وان لم يثبت صريحا كبيع الاجنة في ارحام الامهات يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا واذا ثبت الملك للامر فسد النكاح للتنافي بين الملكين على ما مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها فان قيل وجب ان لا يبطل النكاح ههنا وان ثبت ملك اليمين لرجحان احدهما ان الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضروري [illegible] صحة العتق فلا يتعدى الى فساد النكاح والثاني ان الملك ههنا كما يثبت يزول لحظة للاعتاق ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل

بالشراء اذا اشترى منكوحته لموكله لا يفسد النكاح لان الملك كما يثبت زال اجيب عن الاول بان الشيء اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك الا لازم العتق ولازم اللازم لازم وعن الثاني بان الملك ثبت للموكل لكن انما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك **قوله** لانه يقتضي ابا يوسف يقدم التمليك بغير عوض جهة تصحيحا لتصرفه اي لتصرف الامر كان تصحيح كلام العاقل واجب مهما امكن وقد امكن ههنا باسقاط القبض لانه شرط وقد امكن ذلك باسقاط القبول الذي هو الركن فلان يمكن باسقاط الشرط اولى فصار كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل سقطت عنه الكفارة من غير تفرقة بين ما اذا كان الطلب بعوض او بغير عوض ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصح الهبة الا مقبوضة فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء **قوله** اسقاطه ولا اثباته اشارة الى ان فيه طريقين احدهما ان يسقط القبض كما يسقط القبول والثاني ان يجعل القبض موجودا تقديرا **قوله** لانه فعل حسي يعني انه ليس من جنس القبول فلا يمكن ان يكون ثابتا ضمنا في قوله اعتقت هذا بالنسبة الى الاثبات واما بالنسبة الى الاسقاط فلما قال لانه فعل حسي والفعل الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فانه تصرف شرعي فيصح ان يثبت في ضمنه **قوله** في تلك المسئلة اي في مسئلة الامر باطعام الفقير ينوب عن الامر في القبض كالعشر في باب الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شيء لان الاعتاق اتلاف الملك وتمام تقرير هذه المسئلة تطلب في التقرير

باب نكاح اهل الشرك

لما ذكر باب الرقيق للمناسبة التي ذكرنا ذكر من هو ادون منزلة واخس منهم رتبة وهم اهل الشرك الذين لا كتاب لهم واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه تحت عدة كافر لانه لو كان في عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه نظر لان كلامنا في اهل الشرك ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدته ويجوز ان يتصور بان اشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة المسلم وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد في الوجه الاول وهو التزوج بغير شهود كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني وهو التزوج في عدة كافر كما قال زفر وقال زفر الخطابات كقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود تعم عامة كما مر من قبل فيلزمهم وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا كما تركناهم في عبادة الصنم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم ولهما ان حرمة المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها فان مالكا وابن ابي ليلى يجوزانه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولكن لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة فاذا ترافعا او احدهما او اسلما والعدة غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم واما اذا كان الاسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا يفرق بينهما بالاجماع ولابي حنيفة ان حرمة

قوله لما ذكر باب الرقيق الى قوله واخس منهم رتبة **اقول** قال الله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك
سعدي افندي

قوله وفيه نظر لان كلامنا **اقول** النظر مدفوع عما قلنا
سعدي افندي

قوله ويجوز ان يتصور **اقول** ويمكن ان يتصور ذلك بان يكون كتابية تحت مسلم فطلقها فتزوجها مشرك لا كتابي في عدته وذلك في دينهم جائز فانه نكاحه
سعدي افندي

النكاح انما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه وثبوت العدة اما ان يكون للشرع او للزوج
لا سبيل الى الاول لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولهذا لا نتعرض لهم في الخمر والخنزير ولا الى الثاني لانه
لا يعتقده لان هذا الموضع على ذلك الفرض وكان النكاح وقع ابتدا صحيحا لوجود المقتضي وهو
صدوره من اهله مضافا الى محله وانتفا المانع بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم فان
المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة واذا صح ابتدا لا يرتفع الا بالاسلام والمرافعة لان ذلك حالة البقا
والشهادة ليست شرطا فيها ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح وكذا العدة لا ينافي حالة البقا كالمنكوحة
اذا وطئت بشبهة تجب عليها العدة صيانة لحق الواطي ولا يبطل النكاح القائم وهذا كما ترى يشير
الى ان العدة لا تجب على الكافر وهو الاصح وقال بعضهم تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بنا على اعتقادهم
كالاستبرا فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا في الابتدا وحالة الاسلام والمرافعة حالة بقا وهي لا تستدعي
الشروط ولا تنافي العدة على ما قلنا فان تزوج المجوسي احدى محارمه او خامسة ثم اسلما او
ترافعا فرق بينهما وما دام على الكفر فلم يترافعا فلا نتعرض لهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما باعتبار
ان لنكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما في المعتدة واذا اسلم وجب التعرض
به والتفريق وكذا لا بالمرافعة واما عنده فله حكم الصحة في الصحيح بنا على ما ذكرنا ان الحرمة اما
ان تكون للشرع او للزوج الاخر قوله في الصحيح احترازا عن قول مشايخ العراق ان له حكم الفساد
عنده لانه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقا قوله الا ان المحرمية جواب عن هذا الشك
ووجهه ان المحرمية تنافي بقا النكاح كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة فيفرق بينهما
بخلاف العدة لانها لا تنافيه كما مر فيفرق باسلام احدهما كاسلامهما في حال التفريق فكذلك برفع احدهما
يكون برفعهما لان بوقعه اتفاقا في الاسلام كما اذا اسلم واما عند ابي حنيفة فلا يفرق برفع
احدهما لان الاخر ما استحق باعتقاده بقا هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الاخر اذ لا
يتغير به اعتقاده بل يعارضه بخلاف الاسلام فان اعتقاده المصر لا يعارض اسلام المسلم اذ الاسلام
يعلو ولا يعلى واما اذا ترافعا فلا بد من التفريق بينهما بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولو
حكما رجلا وطلبا منه حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضي اولى بذلك لعموم ولايته قوله لا يجوز ان
يتزوج المرتد الخ قوله بل المصلحة يريد به التسكين والازدواج والتوالد والتناسل قوله فان
كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه فان قيل كيف تمسكتم بالتعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر اي
كافر كان واجيب بان هذا محمول على حالة البقا بان اسلمت المراة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد حتى جاءت
بولد قوله والشافعي يخالفنا فيه اي في جعل الولد تبعا للكتابي للتعارض فجعله تبعا للكتابي يوجب
حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعا للمجوسي يوجب حرمته ذلك فوقع التعارض اذ الكفر ملة واحدة
والترجيح للمحرم ونحن بينا الترجيح وهو قوله لان فيه نظرا فان قلت على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم
ذهب الى نوع ترجيح فمن اين تقوم الحجة قلت ترجيحنا يدفع التعارض وترجيحه يرفعه بعد وقوعه
والدفع اولى من الرفع لان كم من واقع لا يرفع قوله واذا اسلمت المراة وزوجها كافر اطلق الكفر في قوله
وزوجها كافر ليعم بقا النكاح المسلمة مع اي كافر كان وقيد الزوجة بالمجوسية لانها ان كانت كتابية
فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح قوله كما في الطلاق بردته نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده
لا يرفع الا بعد انقضا العدة الى انقضا ثلاث حيض ليس بصواب لان العدة عنده بالاطهار وقيل معناه كان
الشافعي يقول ان يتاجل عندكم الى انقضا ثلاث حيض ونحن نقول لهذه المدة لم تعتبر العدة بل للتفريق
ما لم تعتبر لها لم تعتبر فيه الحيض كما في حفر البير ولنا ان المقاصد في النكاح قد فاتت وتعرين باسلام المراة

او تزوج

او تزوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح وفوتها وهو حادث لا بد له من سبب فاما ان يكون هو
الاسلام او كفر من بقي عليه ولا سبيل الى الاول لانه طاعة لا يصلح سببا لفوات النعم ولا الى الثاني لان
كفر من بقي على كفره فكان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتدا ولا فوتها بقا فلا بد من امر اخر
غيرها فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد به ان اسلم او يثبت ما يصلح لذلك وهو الاباء فان
الاباء يصلح سببا لسلب النعم واذا اضيف الفوات اليه اضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة
فكانت الفرقة مضافة الى الاباء وفي كلام المصنف نوع اغلاق لانه يلزم عليه ان يقال فوات
المقاصد تصلح سببا تبتني عليه الفرقة فلا حاجة للعرض لكن اذا تاملت فيما ذكرته حق التامل
ازال عنك الشبهة فلما فرغ عن البحث مع الشافعي شرع فيه مع ابي يوسف في ان الفرقة
في الوجهين لا يكون طلاقا وجه قوله ما ذكر ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان على معنى
انه يتحقق منهما وهو الابا وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا يكون طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب
ملك احد الزوجين الاخر والواقعة بالمحرمية ولهما ان الزوج امتنع بالاباء عن الامساك بالمعروف
لما ترتب فوت المقاصد ومن امتنع عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التسريح باحسان
كما في الجب قوله مع قدرته عليه بالاسلام زيادة تاكيد واذا تركه كان ابا اصل لانه لو كان شرطا
بطل ما صح في الجب والعنة وقوله اما المراة فليست باهل الطلاق واضح قوله فاشبه الردة
والمطاوعة يعني انها اذا ارتدت والعياذ بالله او مكنت ابن زوجها فان كان ذلك بعد
الدخول كان لها المهر لتاكده بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها قوله واذا اسلمت المراة في
دار الحرب ظاهر قوله والعرض على الاسلام متعذر من باب عرضت الناقة على الحوض من القلب
الذي لا يشجع عليه الا البلغاء قوله فاقمنا شرطها اي شرط الفرقة وهو مضي الحيض
الثلاث ان كانت ممن تحيض او ثلاثة اشهر ان لم تحض مقام سبب الفرقة قال في النهاية وهو تفريق
القاضي عند اباء الزوج الاسلام وكانه اراد انه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم ان سبب الفرقة
هو الابا قوله كما في حفر البير يعني في قيام الشرط مقام السبب وذلك لان الاصل الاضافة الى العلة في
ثقل الواقع في البير التي حفرت على قارعة الطريق لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكنه طبعي
لا تعدي فيه ثم اما في الى السبب وهو المشي وقد تعذرت كذلك لان المشي في الطريق مباح
لا محالة فاضيف الى الشرط وهو حفر البير لانه لم تعارضه العلة والسبب وله شبه بالعلة من حيث
تعلق الحكم به وجودا وفيه تعد لانه في غير ملكه كما عرف في موضعه اصول الفقه ثم المراة اذا كانت المسلمة
فهي كالمهاجرة على ما سيأتي في حكم المهاجرة واذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق
ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها عندنا والشافعي يفصل كما مر في دار الاسلام
من قوله فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال وان كان بعده يتعلق بانقضا العدة و
ان هذه الحيض لاجل الفرقة لا للعدة فيستوي فيها المدخول بها وغيرها وهذا لان الزوج في
صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق فجاز ان يعتبر السبب في كل حال ان كان قبل الدخول
فلا يحتاج الى مضي الحيض واما ههنا فالفرض انه لم يباشره فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستوي بالمدخول
بها وغيرها قوله واذا وقعت الفرقة والمراة حربية فلا عدة بالاجماع لان حكم الشرع لا يثبت في حقها
وان كانت هي المسلمة فظاهر قوله فلان لا ينفي اولى لان البقا اسهل من الابتدا الا ترى ان من تحته امة فيبقى
النكاح حالة البقا وان لم يحل في الابتدا والمنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى
منكوحة ولا يجوز نكاح المعتدة من وطئ بشبهة ابتدا قال واذا خرج احد الزوجين صورة المسألة ظاهرة

الينام

والحاصل كذلك وتقرير دليله ان التباين اثر في انقطاع الولاية لا في تاثير في الفرقة كالحربي اذا دخل دارنا للحرب بامان فان ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع الولاية سقوطها ما كانت عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته انقطعت ولم يؤثر في الفرقة وهذا لابطال دليل الخصم **قوله** انما السبي يقتضي الصفا للسابي ولا يتحقق الصفا له الا بانقطاع النكاح ولهذا اي ولان السبي يقتضي الصفا يسقط الدين عن ذمة المسبي لاثبات المذهب قولنا ان المصالح لا ينتظم مع التباين حقيقة وحكما وتقريره تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح ولا ينافي انتظام المصالح في قطع النكاح كالمحرمية فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما حسا وبالحكم ان لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لاثبات المذهب **قوله** والسبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء ولهذا لو تزوج امته جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم او ذمي لا يبطل مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر فالمحرم وغيره سواء كما اذا تقرر بالمحرمية والرضاع **قوله** وصار اي صار السبي كالشراء من حيث ان النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة **قوله** ثم هو اي السبي يقتضي الصفاء اي سلمنا ان السبي يقتضي الصفا لكن في محل عمله وهو المال حتى يثبت الملك في رقبة المسبي للسابي على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لان ذلك ليس بمحل عمله لان ذلك من خصائص الانسانية لا المالية وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لان الدين في الذمة وهي من محل عمله لانها من الرقبة **قوله** في المستامن جواب عن قوله كالحربي المستامن او المسلم المستامن وكان ينبغي ان يذكره بعد قوله وحكما عن ذلك فان التباين وان وجد في المستامن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المراة الينا مهاجرة اي تركت ارض الحرب الى ارض الاسلام وهي مسلمة او ذمية على قصد ان لا ترجع الى ما هاجرت عنه ابدا جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعدما دخلت دار الاسلام وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الاسلام كالمسلمة والذمية ولابي حنيفة ان العدة لاظهار خطر ملك النكاح ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية بالاتفاق فان قيل لو لم يكن لملكه خطر لما وجب اذا خرجت حاملا الحبلى فانها لا تجب عليها العدة ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب فانه قبل الهجرة او وقت تباين الدارين وهو لا يؤثر على الموت ولو مات وجبت العدة فلتجب معها ايضا اجيب بان الموت لا يوجب سقوط الحرمات حكما فلزمها العدة بحكم الملك واما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول الملك الا الى اثر وحاصله ان التباين يؤثر على الموت الا يرى انه يمنع التوارث والموت يوجبه ولو خرجت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها رواه محمد عن ابي حنيفة لان حملها ثابت النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع ايضا احتياطا كام الولد اذا حبلت من مولاها لا تتزوج حتى تضع حملها لانه لا حرمة للحربي فجزءه اولى كالحامل من الزنا فانه لا حرمة لماء الزاني قيل والاول اصح لانه حمل ثابت النسب بخلاف الحمل من الزنا وتحقيقه ان الحمل عن الغير يمنع الوطء مطلقا وثابت النسب منه يمنع النكاح ايضا دون غيره **قال** واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام والعياذ بالله تعالى وقعت الفرقة بينهما سواء كان دخل بها او لم يدخل وعند الشافعي ان لم يدخل بها لم يقع الا بعد حيض بناء على ما ذكرنا له من تاكد النكاح وعدمه وكانت الفرقة بغير طلاق حتى لا تنقص عدة الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وان كانت من المراة فبغير طلاق وهو يعتبرها بالاباء والجامع ما بيناه يعني تولهما ممتنع عن الامساك بالمعروف وابو يوسف مر على ما اصلنا له في الاباء وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق

يختص بالزوج وابو حنيفة فرق بين الاباء والارتداد فجعل الفرقة بالاباء من الزوج طلاقا دون الردة ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة لانها تبيح النفس والمال والعصمة تبطل المالكية والنكاح والطلاق لان السبي منافي للنكاح يجب التسريح بالاحسان على ما مر **اعترض** بوجهين احدهما ان الردة لا تنافي ملك العين بل [illegible] فلا ان ملك النكاح لا يكون كذلك والثاني ان الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امراته بعد الردة كما في الحرمية لكنه يقع بالاتفاق **والجواب** عن الاول انما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء سواء والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء ولا تمنع تحمل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء وعن الثاني ان وقوع الطلاق تابع لامكان ظهور اثره وحيث كانت المحلية مرجوة العود بالتوبة امكن ظهور اثره فكان معتبرا بخلاف الحرمية فان المحلية غير مرجوة ابدا فلا يمكن ظهور اثره ومن هذا قالوا اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المراة طلاق لان تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع واذا ارتدت المراة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند ابي حنيفة لان العدة قد سقطت عنها لفوات المحلية لان من كان في دار الحرب هو كالميت حقيقة وبقاء الشيء في غير محله مستحيل متى سقطت لا تعود الا بعود سببها بخلاف الفصل الاول لان العدة هناك باقية لبقاء محلها لانها في دار الاسلام الا ان تباين الدارين كان مانعا عن وقوع الطلاق فاذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع وقال ابو يوسف يقع الطلاق لان العدة باقية عنده **قوله** ولهذا تتوقف الفرقة توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الاباء **قوله** ثم ان كان الزوج ظاهر **قوله** والنفقة متعلق بقوله وان كانت هي المرتدة فلها كل مهرها ان دخل بها لانها ملكته بالتسليم اذا كانت غير مدخول بها ووقعت الفرقة لم تجب النفقة على وجه خفي لانه لا ارتياب ان حكم عدم وجوب النفقة في المرتدة اذا كانت غير مدخول بها **قوله** لان الفرقة من قبلها يعني فكانت كالناشزة ولا نفقة لها **قوله** وان ارتدا معا واسلما معا **ووجهه** ما روي ان بني حنيفة وهم حي من العرب ارتدوا بمنع الزكاة وبعث اليهم ابو بكر الصديق الجيوش فاسلموا ولم يامرهم بتجديد الانكحة والصحابة متوافرون فحل ذلك محل الاجماع وبه ترك القياس فان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة واحدة **اجاب** بقوله ولا ارتداد وقع منهم معا حكما لجهالة التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وانما في الحكم كانه وجد جملة واحدة ولو اسلم احدهما بعد الارتداد اي بعد ارتدادهما فسد النكاح لاصرار الاخر على الردة لانه مناف كابتدائها على ما تقدم ثم ان كانت المراة هي التي اسلمت قبل الاخر فلها نصف المهر عندنا وان كان الزوج هو الآخر كان انشا الردة

باب القسم

لما ذكر جواز تعدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في باب على حدة لكن اعتراض ما هو اهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين الى امر الفروج وغيرهما اوجب تاخيره والقسم بفتح القاف مصدر قسم القسام المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين انصباءهم ومنه القسم بين النساء وقد وقع في اكثر النسخ واذا كان للرجل امراتان بتذكير كان مع اسناده الى المؤنث لكنه يجوز لوقوع الفصل

في قوله حضر القاضي اليوم امرأة وكلامه واضح **قوله** ولا فضل فيما روينا يعني بين البكر والثيب والقديمة
والجديدة سوى التطلاق ما روينا من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة وقال الشافعي ان كانت الجديدة
بكرا فضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلاث ثم التسوية بعد ذلك لحديث ابي هريرة رضي الله
عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث والحاصل ان الاختلاف في
موضعين في الفرق بين البكر والثيب وفي تفضيل الجديدة على القديمة فنفى المصنف رحمه الله الاول
بقوله ولا فضل فيما روينا والثاني بقوله لاطلاق ما روينا وما رواه محمول على التفضيل بالبداءة
دون الزيادة كما ذكر في حديث ام سلمة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم قال ان شئت سبعت
لك وسبعت لهن ويجوز للزوج ان يبتدئ بالجديدة ولكن بشرط ان يسوي بينهما ولان القسم
من حقوق النكاح كالنفقة ولا تفاوت في ذلك بين البكر والثيب والجديدة والقديمة كما لا تفاوت بين المسلمة
والكتابية والبالغة والمراهقة والمجنونة وانما قلنا المريضة والصحيحة لما روي عن حقيقة هنا في سبب هذا
الحق وهو الثابت بالنكاح وكذلك في طريق الرجل المجبوب والخصي والعنين والغلام الذي يخلو الذي
بان لم يمكن يجب عليهم القسم **قوله** والاختيار في مقدار الدور الى الزوج ظاهر **قوله** بذلك ورد الاثر
يعني ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولم يرو عن احد خلافه
فحل محل الاجماع **قوله** ولان حل الامة انقص من حل الحرة بدليل انه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها
وانما تحل قبلها وموضعه اصول الفقه فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق لان الحكم يثبت بقدر
دليله والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم فيكون لهن الثلث من القسم كالامة
قوله ولا حق لهن في القسم حالة السفر هذا الكلام مشتمل على ثلاث مسائل احدها ان القرعة مستحبة
عندنا وعند الشافعي مستحقة والثانية انه اذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل الباقيات ان يحتسبن
تلك المدة ام لا عند الشافعي لهن ذلك خلافا لنا وهو مبني على الاولى لان الاقراع اذا كان مستحقا ولم يفعله
كانت مدة سفره نوبته التي كانت معه فينبغي ان يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول
وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق فلا تجب التسوية فلا يكون لها
للتي يختص به من نوبتها والثالثة ان بعضهن ان رضيت بترك قسمها لصاحبتها جاز وان رجعت في ذلك
فكذلك وكلامه واضح **قوله** لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط وضحه ان الاحتمال انها يكون في
القائم لان ما ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعا لا اسقاطا فكان بمنزلة العارية وللمعير ان يرجع متى شاء قلنا
فلذا صح هذا

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع في فصل المحرمات واتى بكتاب له على حدة لما ان له احكاما جمة
مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشوز العظم وانبات اللحم فخفي فيعتبر
ظاهره وهو الرضاع فاقيم مقامه والرضاع بفتح الراء هو الاصل وبكسرها ذهو لغة فيه مص اللبن من الثدي
وفي الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص وهو ان يكون صبيا رضيعا من ثدي مخصوص وهو ثدي الادمية
في وقت مخصوص على ما نذكر بعد وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم عندنا وقال

الشافعي لا يثبت الرضاع بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم
المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع
وهو الارضاع ووجه الاستدلال به انه يدل على ان القليل منه غير محرم واما ان يكون خمس رضعات
فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفي به مذهب خصمه يثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل وفيه
نظر لان من اصحاب الظواهر من يقول بثلاث رضعات مشبعات ولو تمسك بحديث عائشة كان
فيما انزل عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك
مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ادل على المطلوب لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى
الله عليه وسلم يضعفه لانه لا نسخ بعده **ولنا** قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وقوله صلى الله
عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير تفصيل يعني في الكتاب والسنة والزيادة
على الكتاب بخبر الواحد لا تجوز على ما عرف **قوله** ولان الحرمة وان كان دليلا معقولا يتضمن جواب سؤال
مقدر وتقديره تحريم الرضاع باعتبار انشار العظم وانبات اللحم وليس ذلك في القليل وتقرير
الجواب ان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق
الحكم بفعل الرضاع وما ورد من الجواب عن استدلال الخصم بان ما رويتم اما مردود بالكتاب لان العمل به
اقوى على تقدير ان يكون الكتاب قبله او منسوخ ان كان بعده والا فشار بالراي الاخبار في التنزيل
اي اذا امام النشر ومنه لا رضاع الا ما انشر العظم وانبت اللحم اي قواه وشده كانه احياه ويروي
بالزاي كذا في المغرب **قوله** وينبغي ان يكون في مدة الرضاع ظاهر **قوله** لان الحول حسن للتحول من
حال الى حال باعتبار حولان الحول الموجب لتغير الطباع ولا بد من الزيادة على الحولين لما بينا يعني في
وجه قول ابي حنيفة فتقدر الزيادة به اي بالحول ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا
ووجه الاستدلال ما ذكر انه جعل مدة الحمل والفصال ثلاثين شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر
فبقي للفصال حولان وقوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين ولابي حنيفة هذه الاية يعني قوله وحمله
وفصاله ثلاثون شهرا **ووجهه** ما ذكره ان الله تعالى ذكر شيئين يعني الحمل والفصال وضرب
لهما مدة وهو قوله ثلاثون شهرا وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما في الاجل
المضروب للدينين مثل ان يقول لفلان علي الف درهم وخمسة اقفزة حنطة الى شهر يكون
الشهر اجلا لكل واحد من الدينين بكماله الا انه قام المنقص في احدهما يعني الحمل وهو حديث
عائشة الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بقلكة مغزل **فان قلت** هذا المنقص على تقدير
كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز **اجيب** بان الكتاب ما وقت عامة اهل التفسير جعلوا
الاجل المضروب للشيئين متوزعا عليهما فلم تكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية ويؤيده
ما ذكره ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة اشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس اما
انه لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال
والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فحمله ستة اشهر وفصاله حولان فتركها وان لم يكن كذلك لما
كان ذلك كذلك ولم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مشكلة دعت بآية ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات
باللبن ويحصل بغيره فيما يحتاج ذلك اي التغير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها لغيره لان الفطم عن اللبن
~~ويحصل بغيره فيما يحتاج وذلك اي التغير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها لغيره لان القطع عن اللبن دفعة~~
من غير ان يتعود غيره مهلكة وهذا هو الذي وعد المصنف لذكره قدر بسنة كما في العنين وقدر به
بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع اللبن وغذاء الفطيم والطعام اخرى لانه يطعم

بدرنجا فكان الحاصل انه لا بد من تغير الغذاء ستة اشهر **قوله** والحديث محمول يعني قوله صلى الله عليه
وسلم لا رضاع بعد حولين محمول على مدة الاستحقاق لان بعضهم قال المراد من لا رضاع بعد حولين نفي
الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم نفي استحقاق الاجرة وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاع في استحقاق
الاجر على الاب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة اجرة الرضاع بعد الحولين بالاجماع
وهذا لان قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع لنفي الجنس وعينه قد يوجد بعد الحولين فكان عدم
الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة علينا اي وعلى اصحابنا فحمل النص المقيد بحولين في
الكتاب يعني قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين بدليل قوله تعالى فان ارادا
فصالا عن تراض فانه ذكر بحرف الفاء معلقا له بالتراضي ولو كان الرضاع بعد محرما لما علق به لانه
لا اثر للتراضي في اباحة المحرم شرعا **قوله** واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء
فطم او لم يفطم واذا فطم قبله لم يعتبر الفطام الا في رواية عن ابي حنيفة حتى لو فطم صبي قبل الحولين
او قبل ثلاثين شهرا عند ابي حنيفة ثم ارضعته امراة قبل ان يمضي عليها مدة الرضاع تعلق به
التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه وما في الكتاب ظاهر ومن الناس
من سوى بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تمسكا بظواهر النصوص وهو فاسد لان المذكور
في ظواهر النصوص الرضاع وهو يقتضي رضيعا روي ان ابا موسى الاشعري سئل عن رضاع الكبير
فاوجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود فسالوه عن ذلك فقال اترون هذا الاشمط رضيعا
فلما بلغ ابا موسى قال لا تسالوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم وكذا اتفقت الصحابة على
هذا **قال** ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح **قوله** الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان
يتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل اخت من الرضاعة ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي
كانت امها من الرضاعة وجاز ان يتعلق بهما جميعا مثل ان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ثدي
امراة واحدة اجنبية وللصبية ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج ام اخته
التي كانت الام من الرضاعة التي انفردت بارضاعها **قوله** لما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** لاسقاط اعتبار التبني فان حليلة الابن المتبنى كانت حراما في
الجاهلية **فان قيل** لم لا يجوز ان تكون لاسقاط حليلة ابن الرضاع او لاسقاطهما جميعا وما وجه ترجيح
جانب حليلة الابن المتبنى في الاسقاط **اجيب** بان حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو
قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحملنا على حليلة الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع
بين موجب الكتاب والسنة **قوله** ولبن الفحل من باب اضافة الشيء الى سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل
وكلامه واضح وقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة دليل واضح
على ذلك فان عائشة ارتضعت من امراة ابي القعيس وكان اسم اخي ابي القعيس دخل على عائشة بعد نزول الحجاب فقال
ليلج عليك فانه عمك من الرضاعة فقلت انما ارضعتني المراة لا الرجل فقال انه عمك من الرضاعة وذا لا يكون
الا باعتبار لبن الفحل ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا **فان قيل**
ما قام مقام الشيء في اثبات الحكم انما يكون مثل ذلك او دونه لا محالة وههنا لو ارتضع الصبي من ثدي
الرجل نفسه اذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع فكيف تثبت به بارضاع اللبن بسببه ولا يثبت من اللبن
الحاصل من نفسه **اجيب** بان افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك لان المعنى الذي لاجله يثبت الحرمة
بسبب الرضاع لا يوجد في ارضاع الرجل لانه لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به انبات اللحم وهو نظير وطء الميتة في

انه لا يوجب حرمة المصاهرة وان كان السبب موجودا وانما اختاروا هذه العبارة وهي ملبسة فانها
توهم ان المراد به ما نزل من ثدي البكر ليعلم ان المراد به ما نزل من المراة بسبب الولادة او الحمل من
زوجها حتى لو نزل لها لبن بدونهما كما في لبن البكر كان ذلك لبن المراة خاصة لا لبن الفحل وان كانت
تلك المراة تحت زوجها وليس شرط الوطء في الاحبال شرط الحرمة حتى لو زنى بامراة فولدت منه فارضعت
بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لا تحل للزاني ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابيه وابنه ولا لابائه واولاده
لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزاني **قوله** ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه **قوله** وكل صبيين اجتمعا
على ثدي بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيجيء وهذا لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص
بلبن الآدمية دون الانعام **قوله** ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت قال في النهاية المرضعة
بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب احدا على المفعولية من ولد التي على طريق الاضافة وهذا
هو الاصل بخط الشيخ وفي نسخة اخرى ولا يتزوج المرضعة من ولد التي ارضعت بكسر الاولى في الفاعلية
والمفعولية وهذا ايضا صحيح وكان كلامه بخط شيخه وشيخنا اخر بان ليسا بصحيحين وهما بعكس صيغة
اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة او مفعولة على ما ذكرنا ولكن هذا التقدير لا بد وان يكون من الولد الذي
ارضعته معرفا باللام وكلامه ظاهر **قوله** واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب فعند محمد قال اذا
لم يغير اللبن يثبت الحرمة وان غير لا يثبت وقال ابو يوسف ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غير احدهما يكون
رضاعا **قوله** خلافا للشافعي عنده اذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن بجب من الماء فشربه
الصبي يثبت به الحرمة هو يقول موجود حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس لا ينكر ونقول المغلوب والمعلق
في مقابلة الغالب غير موجود حكما كما في اليمين حلف لا يشرب لبنا فشرب لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على جهة
الحقيقة يثبت لان اللبن موجود حقيقة وان كان بعد التعارض ترجح الحرمة احتياطا **اجيب** بان التعارض
لم يثبت لان التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء وههنا لم يثبت المساواة بينهما لان للغالب فضلا ذاتيا
وللمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة فكان الترجيح لمعنى يرجع الى الذات لا لمعنى يرجع الى الحال وهذا كما
ترى متناقض لانه نفى التعارض واثبت الترجيح بالفضل الذاتي ولا ترجيح الا بعد التعارض والصواب ان
يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض الحكم لان الحرمة بالرضاع امر حكمي فلم يكن في الحكم موجودا لا مدخل
له فيه سلمناه لكن تعارضه الترجيح احدهما راجع الى الذات والاخر الى الحال والاول اولى وموضعه الاصول
ويؤيد ما ذكرنا ما اذا وقع قطرة من الدم او الخمر في حب من الماء تنجسه وان كان الماء حقيقة لانه لم يبق غالبا
حكما لان غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرا في عشر وما دونه في حكم القليل فلم تكن الحقيقة معارضة
للحكم بل كانت مرجوحة معه **قوله** واذا اختلط اللبن بالطعام واضح **قوله** لا يتعلق به التحريم في قولهم
جميعا يعني سواء كان غالبا لبنا او مغلوبا اما اذا كان مغلوبا فظاهر واما اذا كان غالبا فلانه اذا طبخ فيه نظر
لان المغلوب غير موجود حكما اما ما لم يكن مغلوبا ويكون كالمغلوب بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام ولا يكون
[illegible] صار كالمغلوب فلا نسلم انه ليس بموجود **والجواب** ان هذه مناقشة لفظية
تندفع بجعل الكاف زائدة **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم في قول ابي حنيفة ان ذلك عنده اذا
لم يتقاطر منه فثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات
الحرمة والاصح انه لا يثبت على كل حال عنده لان التغذي بالطعام لانه الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغذي
الموجب لانبات اللحم وان خلط بالدواء واللبن غالب فيه تعلق التحريم به لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل
غالبا والدواء لتقويته على الوصول الى ما لا يصل اليه بانفراده **فان قلت** اذا كان الدواء لتقويته على
الوصول وجب ان يستوي الغالب والمغلوب لان وصول قطرة منه محرم **قلت** [illegible] والدواء لتقويته على الوصول

واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوي واللبن لتسويغ الدوا يلوح للحكم **قوله** واذا اختلط بالدوا لان
اللبن يبقى مقصودا **قال** واذا اختلط اللبن بلبن شاة صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل ابي يوسف في المسئلة الاولى
لما ذكرنا ان المغلوب كالمستهلك لعدم ظهور منفعته كما اذا صب كوز من الما العذب في البحر **ووجه** قول
محمد وزفر ان الغلبة هاهنا غير متصورة لان الجنس لا يغلب الجنس اذ الغلبة بالاستهلاك والشي لا يصير
مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك وذلك يقتضي اختلاف المقصود والمقصود
هاهنا متحد واذا لم يتصور بالغلبة كان الكل قائما ويتحقق في المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فيثبت
الحرمة بهما جميعا وعن ابي حنيفة في هذا روايتان في رواية قوله كقول ابي يوسف وبه قال الشافعي في
قول وفي رواية كقول محمد وزفر واصل المسئلة في الايمان فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط
لبنها بلبن بقرة اخرى وهذا غالب فشربه فهو على هذا الاختلاف عند ابي يوسف لا يحنث لان المغلوب
كالمستهلك وعند محمد يحنث لان الشي يتكثر بجنسه لا يصير مستهلكا **قوله** واذا نزل للبكر لبن ظاهر واذا حلب
لبن المراة بعد موتها فاوجر الصبي يتعلق به التحريم خلافا للشافعي فيقيد بالموت لانه لو حلب قبل الموت واوجر
بعد الموت كان قوله كقولنا على الاظهر وهو يقول الاصل في ثبوت الحرمة هي المراة لان الحرمة تثبت بينهما ثم يتعدى
منها الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها لعدم الفايدة ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة لانها الاصل
في الحرمة فلم يبق محلا لها حتى لا يتعدى الى غيرها ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الانشاز
والانبات وهو قائم باللبن لان الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا انما لم يخرج لحمها عن ذلك والفايدة في تحقيق
الحرمة فيها بل تظهر في الميتة دفنا وتيمما بان كان لهذه المرضعة التي اوجر لبن هذه الميتة في نهارها زوج فان
لهذا الزوج ان يدفن ويتيمم الميتة لانه صار محرما للصاحبة صارت ام وليته **قوله** واما الحرمة جواب عن قوله
ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة يعني ان حرمة المصاهرة لو قلنا بها تلاقي محل الحرث ليثبت به الحرمة ومحل
الحرث قد زالت بالموت فافترقا **قوله** واذا احتقن باللبن قال في النهاية صوابه حقن لان احتقن يقال حقن المريض دواه
بالحقنة واحتقن الصبي غير صحيح لعدم تعديه على ذكره في مدة الرضاع واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز بمعنى حقن
ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان بحقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الاكثر
في استعمال الفقها وكلامه ظاهر **قوله** وهذا لان اللبن انما يتصور فيمن يتصور منه الولادة بيانه ان الله تعالى
خلق اللبن في الاصل لغذا الولد لعدم احتماله لساير الاطعمة وهو كريه في ابتدا حاله ليقوم مقام الطعام والشراب
فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة كذا في النهاية وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور
منه الولادة لما تاملت لكن اختصاصه بالانثى المولود من الحيوان وهو الذي يكون اذونا لا صمخا في غير الادمي
ما هو ثابت بالاستقرا لم يختلف وهو دليل على ان ما في الادمي في الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك
واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق التحريم لانه لا جزئية بين الادمي والبهايم والحرمة باعتبارها وذكر في
المبسوط في هذا حكاية وهي ان محمد بن اسماعيل البخاري صاحب الاخبار كان يقول يثبت به حرمة الرضاع
فانه دخل بخارى في زمن الشيخ ابي حفص الكبير وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فانك لست هناك فابى ان
يقبل نصيحته حتى استفتي عن هذه المسئلة فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارى **قال**
واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا
وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا فاما الكبيرة فانها تحرم مؤبدا وكذلك الصغيرة ان كان دخل بالكبيرة وان لم يدخل
بها جاز التزوج بالصغيرة لانها ربيبة لم يدخل بامها ثم انه ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها ان تعمدت الفساد او لم
تتعمد لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة لم تجي من قبلها
قال قيل العلة الفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم تضف الفرقة اليها اجاب بقوله والارتضاع وان كان فعلا

منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها لان الصبي اذا قتل مورثه لم يحرم عن الميراث **واعترض** على الصغيرة
مسلمة تحت مسلم ارتد ابواها ولحقا بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضي لها بشي من المهر ولم يوجد الفعل
منها **والجواب** انا قد قلنا كما قلتم وتحت الفرقة بفعل من جهتها اسقطت حقها ولم يلزم ان كل ما لم تقع
الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه اذا الحقها ابواها اخرجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية
الابوين اسقط حقها ويرجع به اي بما ادى من نصف مهر الصغيرة على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد
بان قصدت بالارضاع افساد النكاح وان لم يتعمد بان قصدت ذلك بالهلاك عنها جوعا فلا شي عليها وان
علمت ان الصغيرة امراة زوجها وعن محمد انه يرجع عليها في الوجهين جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه
لان من اصله ان التسبب كالمباشر ولهذا جعل في باب الغصوب الاسطبل وحل قيد الابق موجبا للضمان على
ما عرف في الاصول لكن المباشرة المتعدي وغير المتعدي سوا فكذلك في التسبب والصحيح ظاهر الرواية
لاتفاق اهل الكتب ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر يتقرر الزوج اذا لحقت جلا تسمى
وذلك يجري مجرى الاتلاف في ايجاب الضمان لكنها مسببة في ذلك التاكيد لا مباشرة لان الارضاع
ليس بافساد النكاح وضعا لان وضعه لتربية الصغير لا لافساد النكاح وانما يثبت الافساد باتفاق
الحال بتاديه الى الجمع بين الام والبنت في ملك رجل نكاحا ولان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر
لانه عنه مضمون بالاتلاف لكونه غير متقوم في نفسه لانه ليس ملك عين ولا منفعة على التحقيق
ولهذا لا يجب على بيعه وهبته واجارته وانما هو ملك ضروري يظهر في حق استيفا يه فهو سبب
لسقوطه لان ما يفوت به البدل للضما وتقرير كلامه الكبيرة بارضاعها مسببة بتاكيد ما كان على
شرف السقوط لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا كما تقرر سلمنا ان الارضاع افساد
النكاح لكن افساده ليس بسبب لالزام المهر لما تقرر ايضا **فان قيل** اذا لم يكن سببا لالزامه كيف وجب
على الزوج نصف المهر **اجاب** بقوله الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف في باب المهر والمتعة
تجب بالنص ابتدا بقوله تعالى ومتعوهن لان المعقود عليه عاد اليها سالما لكن من شرط وجوبه
اي وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط في معنى مسببة واذا كانت مسببة
يشترط فيه التعدي كما في حفر البير وانما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارضاع مفسد
وقصدت به الفساد واما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت به ولم تعلم ان الارضاع مفسد او علمت به لكن قصدت
دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها مامورة بذلك اي بالارضاع لدفع الهلاك **فان
قيل** الجهل بحكم الشرع في دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل المراة بفساد النكاح عذرا في حق عدم وجوب
الضمان عليها **اجاب** بقوله وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم كان دفع قصد
الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم **قلت** لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به **قوله** ولا تقبل
في الرضاع شهادة النسا منفردات وانما تقبل شهادة الرجال الاجنبيات او امهات احد الزوجين واحدة كانت او اكثر
وقال الشافعي تقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة **ووجه** قول الشافعي ان الرضاع يكون بالثدي ولا
يطلع عليه الرجال ليقوم كل امراتين مقام رجل وقلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوي المحارم لحل النظر الى ثديها
ووجه قولنا ان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة
المجوسي فانه ينبغي ان لا ياكل منه ولا يطعم غيره لان الخبر ما جزء بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة
مع بقا الملك ثم لما ثبت الحرمة مع بقا الملك لا يمكنه الرد على بايعه ولا ان يحبس الثمن على البايع **ولنا** ان
ما ذكره في الكتاب وهو واضح لا يحتاج الى بيانه والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع
والماب وحسبنا الله ونعم الوكيل وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم تسليما كثيرا

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا أخره عنه وضعا ليناسب الوضع الطبع والطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي يرفع قيد النكاح بألفاظ مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة إليه وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة في النكاح أو في عدته التي تصلح بها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل وأقسامه ما نذكره إن شاء الله تعالى

باب طلاق السنة

ذهب بعض الناس إلى أن إيقاع الطلاق ليس بمباح إلا عند الضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق والعامة على إباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء وقوله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأمثالها وأقسامه ثلاثة حسن وأحسن وبدعي على ما ذكر في الكتاب وهو ظاهر **وقوله** ولأنه أبعد من الندامة حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك بأن يراجعها في العدة وبعدها بتجديد من غير استحلال وأقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظرا إليه لأن اتساع الحلية نعمة في حقهن فلا يتمكن من الإخلال **وقوله** ولا خلاف في الأصل في الكراهة أي في عدم الكراهة يعني لم يقل أحد بكراهة هذا الطلاق **وقوله** لأن الأصل في الطلاق هو الحظر لأنه قطع النكاح الذي ... فيكون محظورا **وقوله** والإباحة لحاجة الخلاص أي لضرورة التخلص عند تباين الأخلاق وتنافر الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج إلى الثانية ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر وهو ما روى البخاري ومسلم مسندا إلى نافع عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء وأشار به إلى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق خيره بين الإمساك والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض الشروح وليس هذا في شرح ما في الكتاب وإنما شرحه ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر حين طلق امرأته وهي حائض ما هكذا أمرك الله إنما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة **قوله** ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة **بيانه** أن الأصل في الطلاق الحظر كما قال مالك والإباحة للحاجة بسبب العجز عن الإمساك بالمعروف عند عدم موافقة الأخلاق والحاجة ... فأقيم دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن الجماع مقامها كما تكرر دليل الحاجة جعل كأن الحاجة إلى الطلاق تكررت فأبيح تكرار الطلاق المعدود على الأطهار

قوله ثم قيل اختلف المشايخ في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم يؤخر الإيقاع إلى آخر ~~الطهر احترازا عن تطويل العدة وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة واختاره بعض المشايخ~~ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لأنه لو أخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع قال المصنف الأظهر أن يطلقها كما طهرت جعل هذا الأظهر لأن محمدا قال في الأصل وإذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة إذا طهرت من الحيض وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه إذا فعل وقع الطلاق وبانت منه وحرمت عليه وكان عاصيا وقال الشافعي كل طلاق مباح يعني في حد ذاته وإنما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق في حالة الحيض وفي طهر جامعها فيه فإن الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده أيضا قال في تعليله ~~الطلاق في حالة الحيض وفي طهر جامعها فيه~~ الطلاق في تعليله أنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وهو وقوع وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا لأن المشروعية لا تجامع الحظر **فإن قيل** فكيف يصح التعميم والطلاق في حالة الحيض حرام **أجاب** بقوله بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق وكذلك المحرم فيما إذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس أمر العدة عليها فإنه إذا طلقها فيه يلتبس أمر العدة عليها لا يدري أهي حامل فتعتد بوضع الحمل أو حائل فتعتد بالأقراء ثم قال ولا أعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح **ولنا** أن الطلاق الأصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الأديان والدنيوية لما فيه من السكن والازدواج واكتساب الولد وكل ما هو كذلك ينبغي أن لا يجوز وقوعه في الشرع إلا أنه أبيح للحاجة إلى الخلاص كما تقدم ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث **فإن قيل** كما لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث فكذا لا حاجة إلى التفريق على الأطهار **أجاب** بقوله وهي أي الحاجة في التفريق على الأطهار ثابتة نظرا إلى دليلها وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها مبطنة **فإن قيل** دليل الحاجة إنما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لأن الحاجة إلى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالأول غير متصور **أجاب** بقوله والحاجة في نفسها باقية لاحتمال أن تكون سيئة الأخلاق بذية اللسان فيسد الزوج باب إمكان التدارك ... بتعريض الندم قال فخر الإسلام وعلى هذا الطريق كان يباح الثلاث جملة لكنها عارض النص فلم يؤثر وأظن أنه أراد بالنص قوله تعالى الطلاق مرتان فإنه يدل على أنه مفرق ويجوز أن يراد قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر إن من السنة أن يستقبل الطهر استقبالا الحديث والمشروعية لا تجامع الحظر **وجوابه** أن المشروع لذاته لا يجوز أن يكون محظورا لذاته أما إذا كان المشروعية لذاته والحظر لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوت مصالح الدين والدنيا فلا ينافي ذلك كالبيع وقت النداء والصلاة في الأرض المغصوبة وقد قررناه في التقرير وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا لأنه لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث **قوله** وقد اختلفت الرواية ظاهر **قال** والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها وهي أن لا يزاد على الواحدة وتسمى الواحدة عددا مجازا لكونه أصل العدد ... والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لما ذكرنا أن مشروعيته باعتبار الحاجة والداعي دليلها وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة فلم يكن فيه دليل الحاجة ليقام مقامها وغير المدخول بها ... لم يمل

منها شيئا فالرغبة فيه سواء كان في حالة الحيض او الطهر فلم يخرج طلاقها عن السنة في اي وقت كان خلافا
لزفر فانه قاسها على المدخول بها **قوله** **وعورض** ولنا واضح بان ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص
فان قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر انما السنة ان تستقبل الطهر باطلاقه يدل على ان الطلاق في
حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغيرها وخصوص السبب **واجيب** بان
الخصوص لم يثبت بخصوص السبب بل بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر مره فليراجعها وان كانت المرأة لا تحيض
من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر
طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم
ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن يعني به اشكل عليكم حكم اعتدادها بين الطائفتين
فحكمهن هذا **قوله** واللائي لم يحضن مبتدأ خبره محذوف يعني ثلاثة اشهر **وقوله** والاقامة
في حق الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره آخرون وقال شمس الائمة ظن بعض اصحابنا
ان الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة
الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاقي السنة وهذا لان المعتبر في حق
ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر وفي الشهور يتصور هذا المعنى
فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر وفيه بحث من وجهين احدهما ما ذكره صاحب النهاية ان
الشهر لما اقيم مقام الحيض فاذا اوقع الطلاق في اي شهر كان من الاشهر الثلاثة كان موقعا للطلاق
في الحيض فكان حراما كما في حالة الحيض والثاني ما ذكره بعض الشارحين ان الشهر لو قام مقام
الحيض خاصة لما احتيج الى اقامة ثلاثة اشهر مقام ثلاث حيض بل يكفي اقامة شهر واحد مقام
ثلاث حيض لان الحيض اكثره عشرة ايام ومدة ثلاث حيض يحصل في شهر واحد لكن اللازم منتف
فينتفي الملزوم **واجيب** عن الاول بان هذه المدة طهر حقيقة ولكنها اقيمت مقام الحيض وما
قام مقام الشيء لا يجوز ان يكون في معناه من كل وجه والا كان عينه لا قائما مقامه وكان قائما
مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة لا في كراهة الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء حرام وفي
الآيسة والصغيرة ليس بحرام ولو كان الاشهر بدلا عن الاقراء في جميع الاحكام لكان محرما كما في ذوات
الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام **والجواب** عن الثاني ان الشرع اقام الاشهر مقام حيض تنقضي بها
العدة وهي انما تكون في ثلاثة اشهر غالبا فاقيمت الاشهر مقام الحيض
[illegible]
تلك الاشهر التي كانت تجد فيها ولم يقم الشهر مقام هذه الحيض حتى يكتفى بشهر واحد لكن يظهر
لي فائدة هذا الاختلاف ومما ذكره صاحب النهاية ان ثمرته تظهر في حق الزام الحجة فانهم اجمعوا
على ان في الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير من غير توقف الى الطهر والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض
علمنا ان الشهر قائم مقام الحيض لا غير لان الخلف انما يعمل فيما يعمل فيه الاصل فاشتراط الحيض مع الطهر
في ثلاث حيض انما كان لتحقق عدد الثلاث فيه لا لذات الطهر على ما ذكر في المبسوط ولو كان لذاته لاشترط
فيما لا يشترط فيه العدد وهي الحيض وكانوا محجوجين بما ملنا الى هذا لفظه ليس بشيء كما ترى لان الزام
الحجة على الحد الجدلي لا يكون فائدة الاختلاف فالدراية عرض الاقسام من الاختلاف في المسألة لا يكون
الزام الحجة على الخصم **قال** ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالاهلة كاملة
كانت او ناقصة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق بين طلاق السنة وذلك ثلاثون يوما بالاتفاق
وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة لان الحكم بانقضاء العدة الايام تسعين يوما من وقت الطلاق وعندهما
يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسألة الاجارات على ما سيأتي ان شاء الله تعالى ويجوز ان

يطلقها اي الآيسة او الصغيرة ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان قال شمس الائمة الحلواني وكان
شيخنا يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل فالافضل ان يفصل بين وطئها وطلاقها
بشهر واما فانه يبينه وبين قول المصنف لانه لا فضلية لا بنفي في الجواز وقال زفر يفصل بينهما بشهر
لقيامه مقام الحيض ممن تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا هنا بشهر ولان
الرغبة تفتر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت في الطهر وانما تجدد الرغبة بزمان
فلا بد منه وهو الشهر **ولنا** انه لا يتوهم الحبل فيها اي في التي نحن فيها من الآيسة او الصغيرة والكراهة
اي كراهة الطلاق بعد الجماع في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك يشتبه وجه العدة
فلا تدري انقضاؤها يكون بوضع الحمل او بانقضاء المدة **قوله** والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي
ذكر جواب عن قول زفر لان الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر **واعترض** بان جهة الرغبة والنفور لما تعارضتا
تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما مر فيحكم بعدم الفصل بين
وطئها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل لا مدخل له في ايجاب الفصل بين الوطء والطلاق لنباينه فانما
تاثيره ان لا يقع الطلاق اصلا او لا يباح كما تقدم وانما المدخل في ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق
في زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفي الحكم الشرعي لانتفاء الدليل وهو
الفصل **قوله** وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع واضح **قوله** وقد ورد بالتفريق على فصول العدة يعني
قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس اي لاطهار عدتهن ففي ذوات الاقراء تقع على الاطهار وفي
حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها في حقهن كالقروء في حق ذوات الحيض والشهر في حق الحامل ليس
بفصول العدة لان مدة الحمل وان طال طهر واحد حقيقة وحكما الا ترى ان انقضاء العدة لا يتعلق
به فصار كالممتد طهرها فانه امتد شهورا لا يتوقف واحد لا يفرق التطليقات فيه ولهما ان
الاباحة الطلاق للحاجة لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما ابيح عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن
التقصي عن حقوق الزوجية والشهر دليل الحاجة كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لان كون الشهر
دليلا في حق الحامل كما في حق الآيسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح
ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة والحكم يدار على دليلها فاذا وجد ما ابيح لاجله الطلاق فيكون
مباحا **قوله** بخلاف الممتد طهرها جواب عن قياس قول محمد بالفرق بان هناك لا يصلح الشهر ان يكون علما
لان العلم على الحاجة في حقها الطهر اي تجدده وهو مرجو فيها في كل زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر
ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض **قال** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع
الطلاق ويستحب له ان يراجعها اما الوقوع فلان النهي لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا يعني من قوله لان
المحرم تطويل العدة فان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة فتطول العدة عليها
النهاية عن شيخه ان المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من ضد الامر المذكور في قوله تعالى فطلقوهن
لعدتهن اي لاطهار عدتهن او الامر المذكور في قوله صلى الله عليه وسلم حين قال لعمر مر ابنك فليراجعها
لانه كان مأمورا برفع الطلاق الواقع في حالة الحيض لاجل الحيض كان منهيا عن ايقاعه في حالة الحيض
وقال بعض الشارحين المراد بالنهي قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا والنهي اذا كان لمعنى في
غيره لا يعدم المشروعية كما عرف في الاصول واما الاستحباب فلقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها وكان
قد طلقها في حالة الحيض وهذا الحديث يفيد الوقوع باقتضائه والحث على الرجعة بعبارته قال المصنف ثم
الاستحباب قول بعض المشايخ ووجهه ان ادنى الامر الاستحباب فيصرف اليه بقرينة ان الرجعة حق له ولا
يجب على الانسان فيما هو حقه والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر قبل الامر وحقيقة الوجوب ان يأمر الله

بذلك ولا دلالة في ذلك على الوجوب على ابنه **واجيب** بان فعل النائب كفعل المنوب فصار النبي صلى الله
عليه وسلم امره بذلك فثبت الوجوب ويجوز ان يقال لما راجعها امر ابن عمر فيصح عليه المراجعة **قوله**
ورفعا للمعصية معطوف على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع اثره وهو
اثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة **قوله** وقال يعني القدوري
فاذا طهرت يعني بعد المراجعة وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال المصنف وهكذا
ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة ووفق الكرخي بين الروايتين فقال ما ذكره
الطحاوي قول ابي حنيفة وما ذكر في الاصل قولهما والمصنف ذكر وجه كل منهما ولم يرجح الحديث المروي
في الباب لان كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث روى البخاري مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك
بعد وان شاء طلق قبل ان يمس وهذا يدل على رواية الاصل وروى الترمذي في جامعه مسندا الى سالم عن ابن عمر
انه صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوي واذا تعارضت
الروايتان ذهب المصنف الى بيان وجههما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر **قوله** ومن قال لامرأته اعلم ان
من قال لمدخول بها انت طالق ثلاثا للسنة فاما ان تكون من ذوات الاقراء او لا وكل واحد منهما على الوجهين
اما ان يذكر ذلك ولا ينوي شيئا او نوى شيئا فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر
تطليقة وان نوى الثلاث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض
او حالة الطهر وكذا راس كل شهر وقال زفر لا تصح نيته الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة وضد الشيء لا يراد به
ولنا ان اللام فيه اي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا بان يقع عند كل طهر
لا جماع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه الى السنة وقوعا لان وقوع الثلاث دفعة في حالة الحيض مذهب
اهل السنة فهي سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف صحة وقوعه بالسنة وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال من طلق امرأته الفا بانت منه بثلاث والباقي رد عليه **فان قيل** الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع
لانه انفعاله فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا وقوعا وايقاعا وليس كذلك **اجيب** بان الوقوع
لا يوصف بالحرمة لانه ليس بفعل المكلف ولا بحكم شرعي ولا يوصف بالبدعة والايقاع يوصف بها لكونه فعل
المكلف فكان الوقوع اشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني وقوعا وان كانت آيسة او من ذوات
الاشهر ولم يكن له نية وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة على ما بينا
قبل هذا ان الشهر في حقها قائم مقام الحيض وان نوى ان يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر
لما قلنا انه سني وقوعا واذا قال لها انت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث ان كانت طاهرة لم يجامعها طلقت في
الحال وان كانت حائضا او في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة وان حاضت وطهرت وقعت تطليقة لان قوله
انت طالق للسنة ايقاع تطليقة مختصة بالسنة المعروفة باللام وهي تلك وان نوى ثلاثا جملة قال المصنف
تصح نيته كذا ذكره فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الائمة السمرقندي لان نيته
الثلاث انما صحت من حيث ان اللام فيه للوقت ووقت طلاق السنة متعدد فيفيد تعميم الوقت ومن
ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لانه يجعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف فاذا نوى
الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى فلا تصح نية الثلاث
على هذا ولو ذكر ثلاثا لان الثلاث مذكور صريحا فتصح نيته وذكر صاحب الاسرار وشمس الائمة السرخسي وشيخ
الاسلام ان نية الثلاث صحيحة عندهما ولو ذكر ثلاثا لان التطليقة المختصة بالسنة تصح نيتها كما لو قال انت طالق
ثلاثا للسنة واطلاق السنة كذا في بعض الشروح وفيه نظر لان المدعي وقوعها جملة ودليله يدل على التفرق

في الاطهار كما ترى ونقل قاضي خان في الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة كما لو ذكر ثلاثا وفيه نظر لانه يستلزم
التساوي بين العبارتين والامتناع في العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضي لا عموم له عندنا ولعل سبب
اختيار المصنف عدم الوقوع جملة **فصل** لما ذكر طلاق السنة لكونه الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة
شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله
صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الا كيف يقال
الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة في المعاملات والنفوذ بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ
الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون اما المجنون فظاهر
واما الصبي فلان المراد به ما هو المعتد له والصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس
بمعتد له قبل البلوغ فلا يعتبر ثم لانه فيه مضرة والنائم عديم الاختيار في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيقع
وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار لانه ضده وانما اعتبار التصرف الشرعي
انما هو بالاختيار بخلاف الهازل فانه مختار فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله في التكلم بالطلاق
اشارة الى ان المعتبر ذلك لا غيره اي المعتبر ان يقول لامرأته يعني انت طالق وقد فعل وان لم
يكن مختارا في الحكم **ولنا** انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته اي حكمه
لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته **قوله** قصد ايقاع الطلاق احتراز عن الاقرار به مكرها فانه لغو لكونه
خبرا يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل على انه كاذب فيه والمخبر عنه اذا كان كذبا فالاخبار
عنه لا يصير صدقا **قوله** في حال اهليته احتراز عن الصبي والمجنون وتقريره ان المكره قصد ايقاع
الطلاق في منكوحته في حال اهليته لانه عرف الشرين الهلاك والطلاق واختار اهونهما واختيار اهون الشرين
آية القصد والاختيار [illegible] وهو ظاهر وكل من قصد ايقاعه لا
يعرى فعله عن حكمه كما في الطائع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته الى التخلص عما توعد
به من القتل او الجرح **قوله** الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ
العقود التي باشرها مكرها من البيع والشراء والاجارة وغيرها وليس كذلك **ووجهه** انه غير راض بحكمه فكان
له فسخ العقود واما ههنا فعدم الرضا بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم **فان
قيل** بين المكره والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد والهازل اختيار كامل
والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره **اجيب** بان الهازل اختار الطلاق
في السبب اما الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له اصلا فكان اختيار الهازل اضعف من اختيار المكره بالنظر
الى الحكم فكانا متكافئين فكان اعتبار احدهما بالاخر جائزا وطلاق السكران واقع واختار الكرخي والطحاوي
عدمه وهو احد قولي الشافعي على ما ذكر في الكتاب واضح خلا ان في كلامه تسامحا لانه جعل العقل زائلا بالسكر
وليس كذلك عندنا لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب وما كان المغلوب كالمعدوم واطلق الزوال
مجازا للخصم حتى لا يصح ذلك **واعترض** بوجهين احدهما ان شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار
سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجرا له كانت الردة كذلك بل اولى
بالحدود الخالصة اولى لان الزجر والعقوبة ههنا لازم **واجيب** عن الاول بان الشرب نفسه معصية فيجب
فيه امكان الانفصال ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية
فان نفس السفر ليس بمعصية وامكن انفصالها عنه ابتداء واثناء فكان له جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف
والترخص اليه وعن الثاني بان الركن في الردة الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لعدم ركنها
لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب والاقرار بالحدود فان السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل رجوعا عما اقر

فيتوثر فيما يحتمل الرجوع وفي قوله بسبب هو معصية اشارة الى شيئين احدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا والثاني انه قد الحكم مرتب على سكر يكون محظورا واما غيره فهو ان يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر اذا اكره على شربها بالقتل فهو كالاغماء في حق منع وقوع الطلاق والعتاق وكذلك لو سكر حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه لانه لم يكن زواله بمعصية **واعترض** بان الصداع اثر الشرب فكان علة العلة والحكم يضاف اليها كما يضاف الى العلة **واجيب** بان الاضافة الى علة العلة انما تكون اذا لم تكن العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة لذلك لان زوال العقل مما يوثر في عدم الوقوع كما اذا جن **قوله** وطلاق الاخرس واقع ظاهر **قوله** وطلاق الامة ثنتان اي الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر **ووجه الاستدلال** بقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه صلى الله عليه وسلم قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس عليحدة ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث العدد تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكلما هو كرامة فان الآدمية مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله قال الله تعالى ولقد كرمنا بني آدم الاية ومعنى الآدمية في الحر اكمل لصلاحيته الا ان اهلية العبد من الولاية والشهادة والخلوصية عن معنى المالكية التي تجعل المملوك في قرن البهائم مملوكا وكانت مالكيته ابلغ **فان قلت** الدليل اخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا **قلت** اذا ثبت ذلك في الحر ثبت في العبد لعدم القائل بالفصل وقد روي عن زيد بن ثابت **ولنا** قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان **ووجه الاستدلال** انه صلى الله عليه وسلم ذكر الامة بلام التعريف فلم يكن ثمة معهود فكان للجنس وهو ان يكون طلاق هذا الجنس اثنتين فلو كان الاعتبار للطلاق بالرجال لكان لبعض الاماء ثلاث فلم يبق اللام للجنس **فان قيل** يجوز ان يكون المراد بها الامة تحت عبد عملا بالحديث **اجيب** بانه يفضي الى ان يكون الحاكم عدتها غاية الى آخره فيكون تخصيصا لها بكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر او عبد بلا تناقض وفيه نظر لجواز ان يكون من باب الاستخدام بكون المراد بالامة الامة تحت عبد والضمير عائد الى المطلق الامة **والجواب** ان ذلك خطابة لا يحذى في مقام الاستدلال ولان حل المحلية امر اذ تكون المرأة محل النكاح نعمة في حق المرأة لانها تتوصل بذلك الى دورر النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة في حقها ينتصف بالرق فان الرق اثرا في تنصيف النعم في الرجال فان العبد لا يملك من التزوج ما فوق الاثنين فكذا في حق النساء فالحرة لا تتزوج مع الحرة ولا بعدها وكان ذلك يقتضي ان لا يملك الزوج عليها الا عقدة ونصفا اي طلقة ونصف طلقة تنصيفا لحل المحلية الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان ومذهبنا قول علي وابن مسعود **قوله** وتاويل ما روى يعني قوله والطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال **لما قال** هذا معلوم كالانكاح الى ذكر حاجة لان المرأة في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك طلاقا فانتهى الشرع عن ذلك بعلم الطلاق بالرجال واذا تزوج العبد امرأة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد لانه من خواص الآدمية والعبد بقي فيها على اصل الحرية فكان نجب اذا ملك النكاح بدون اذن مولاها الا انا قلنا به تضرر المولى فيه فتوقف الاجازة والله اعلم

باب الايقاع

باب ايقاع الطلاق

لما فرغ

لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال الطلاق اي التطليق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعي لكون هذه الالفاظ من مختلف الصريح بعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فهو في شيئية نظرا الى ان الطلاق لا يبطل الزوجية ورد بانه قال الاحق بردهن والمراد انما يستعمل فيما زال عنه ملكه كالبائع جارية بالخيار له وللمشتري فانه لم يثبت الملك فيها للمشتري ثم اذا فسخه يقال رجعها وان لم يزل عنها ملك البائع ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لان الصريح ما ظهر المراد به ظهورا بينا بكثرة الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر الى النية **قوله** وكذا اذا نوى الابانة معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة ~~الا كان في الرجعة الاول فيه بيان التي يعني كلام~~ يعني اذا نوى شيئا وكذا ان نوى الابانة لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز الرجعة والشرع بالرجعة وهو تركها حتى تنقضي العدة وتحقيقه ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا والامساك ابقاء الشيء على ما كان فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية فاذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بها كذا قالوا ولقائل ان يقول ان سلمنا دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء جاز ان يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نويت ولو كان لان الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري والضرورة تندفع بالرجعي فلا حاجة الى الباين وموضعه اصول الفقه **قوله** فرد عليه يعني قصده وتغريرا للحجة لانه قصد تغيير ما اخره الشرع الى وقت وكل من فعل ذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث بقرة بني اسرائيل ولو نوى الطلاق عن وثاق بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة لم يدين في القضاء اي لم يصدق وحقيقته دينت الرجل تدينا وكلته الى دينه وما يستعمل في التصديق مجازا لانه خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس بمتعارف فيما عليه تخفيف وكذلك لا يسع المرأة ان تصدقه في ذلك ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو قيل اي المرأة بتاويل الشخص او الذات وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير معتد بالعمل فان الطلاق القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية وروي الحسن عن ابي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق يستعمل في التخليص فكان معناه انت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره اما اذا قال انت طالق من عمل كذا فهو كالاصل ديانة رواية واحدة ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية يحتاج الى النية ولا يقع به من كلام المذكور متصل بقوله وهذا يقع بها الطلاق اي لا يقع بكل واحد من هذه الالفاظ الثلاثة المذكورة الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي يقع ما نوى لانه يحتمل لفظه فان ذكر الطالق لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه وهو الطلاق اي وبكونه يحتمل لفظه يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير وكلاما محتملا اللفظ يصح بنيته ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقتان وللثلاث طوالق وكل ما هو نعت فرد لا يحتمل العدد لانه ضده لو الصدق لا يحتمل الضد **قوله** وذكر الطالق جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضروري تتصف به المرأة ليس بفعل الزوج كالتقرير يقتضي الثاني تصحيحا له وكان ثابتا ضرورة صحة الكلام مقتضى ولا عموم له **قوله** والعدد الذي يقترن به جواب عن قوله وهذا يصح قران العدد به واضح **قوله** واذا قال انت الطلاق او كان بمنزلة انت طالق كما مر ففيه بقيوا الثلاث فما لم يصح اذا نوت

طالق وأجيب بان نية الثلاث انما لا تصح في طالق لانه نعت فرد كما تقدم واما الطلاق فمصدر في اصله
وان وصف به فلم تنتف جانب المصدرية وصح نية الثلاث وبقية كلامه واضحة **قال** ولو قال انت طالق
الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى فانه لم يكن موطوءة لغا الثاني وان
كانت موطوءة يصدق ويقع طلقتان رجعيتان لان كل واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المبتدأ في الثاني كانه
قال انت طالق لان انت ضمير المرأة وذكرها وان كان قد تقدم مما مثله يصير لذكر ما بعده اولى ما يعبر
به عن الجملة مثل قوله رقبتك طالق قال الله تعالى فتحرير رقبة ولم يرد الرقبة بعينها وكذلك العتق قال
الله تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح ولو
قال يدك طالق او رجلك لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به
عن جميع البدن كالاصبع والشعر والظفر والسن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح وما
كان محلا للطلاق لانه رافعه فيكون محلا له فاذا اضيف اليه الطلاق ثبت الحكم فيه ثم يسري الى
الاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع **فان قيل** لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح لانعقد
النكاح لا يتعين بتبعيض اذا اضيف اليه ثم سرى الى الكل **اجاب** بقوله بخلاف ما اذا اضيف النكاح
لان السراية ممتنعة اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السراية وفي الطلاق
الامر على القلب يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء **قوله** ولنا انه اضاف الطلاق
الى غير محله فيلغو وتوضيحه ان اليد والرجل ونحوهما اطراف وهي اتباع لا محالة فاذا ورد عليها دخل الاتباع
تحقيقا لملك الرقبة فيكون ذكر الاصل ذكرا للتبع اما ذكر التبع فلا يكون ذكرا للاصل **فان قيل** سلمنا ذلك
لكن عبر النبي صلى الله عليه وسلم باليد عن جميع البدن في قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد
اجيب بان المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال اردت اليد صاحبها طلقت
فاما الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الائمة الحلواني اذا قال الفرج منك طالق ومنهم من قال الطلاق على
الراس لانه لا يعلا ان يقول بانها تطلق واذا قال ظهرك طالق او بطنك طالق اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم يقع
الطلاق لان البطن والظهر في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونهما بخلاف اليد والرجل قال الاصح
والاظهر انه لا يصح اي الايقاع بكل واحد منهما لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن ولهذا لو قال ظهرك
او بطنك علي كظهر امي لا يكون مظاهرا وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها طلقت تطليقة واحدة لانه
ذكر بعض ما لا يتجزى وهو الطلاق اذ نصف التطليق او ثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل
كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الالغاء وتغليبا للمحرم على المبيح واعلم ان الدليل يقتضي ان الامكان
لانه اذا قام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزى وجب اكماله والا لزم ابطال الدليل وكذا الجواب
في كل جزء سماه كالنصف والربع والثمن والسدس وغيرها لما بينا انه لا يتجزى ولو قال لها انت طالق ثلاثة
انصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة وهذه المسألة من خواص جامع الصغير قال فخر الاسلام
انما اورد يعني محمدا هذه المسألة لاشكال دعواه ان كل عدد نصفه لا يكون الا نصفين فالقول بالثلاثة
في ذلك يجب ان يلغو والجواب انه اراد بهذا التسمية الطلاق يعني اراد ثلاث طلقات واستعمل في ذلك ثلاث
انصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة كانت ثلاثة انصافها تكون ثلاث تطليقات
ومن الناس من قال لا يقع شيء لانه مهمل لا معنى له ومنهم من يقول يقع واحدة لان ذكر العدد كان لغوا فيبقى قوله
انت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما اراد او مجازا ولا سبيل الى الاول لان اللفظ لم
يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة
وعدم الاتصال ليس بشرط لجوازه عند ابي حنيفة والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل

وطولب

بالفرق بين ما اذا قال لها انت طالق ثلاثة ارباع تطليقتين او ربع تطليقتين نصف تطليقة ومن
اوقع على امرأته ثلاث مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثا واجيب بان جواب هذا اللفظ غير محفوظ
وبعد التسليم فالفرق واضح فان الاجزاء التي اوقعها هناك وهي ثلاثة ارباع موجودة في التطليقتين
لان ربع التطليقتين نصف تطليقة فثلاثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان
فلا وجه لصرف الكلام عن ظاهره وههنا الاجزاء التي اوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ ليس
للتطليقتين ثلاثة انصاف فلا وجه لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا ولو قال انت
طالق ثلاثة انصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تطليقة قيل يقع طلقتان وهو المنقول عن محمد في الجامع
الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح لان
ثلاثة انصاف تطليقة يكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله انت طالق واحدة ونصف تطليقة
فقال بعض المشايخ يقع ثلاثة لان كل نصف يكون تطليقة واحدة لان الطلاق لا يقبل التجزية فصار ثلاثة
انصاف طلقة ثلاث طلقات لا محالة **قال** ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين اذا طلقها متكلما على
تحقيق كلامه على الغايتين فاما ان تدخل الغايتان وهو قولهما او لا يدخلا الا انتها دون الابتداء لم يقل به احد
وجه قول زفر ان غاية الشيء لا تدخل فيه والا لم يكن غاية كما في المحسوسات كقوله بعتك من هذا الحائط
الى هذا الحائط وهو قياس محض وروي ان ابا حنيفة رحمه الله قال له كم سنك فقال ما بين ستين الى
سبعين فقال له اذا انت ابن تسع سنين فتحير وروي فخر الاسلام ان الاصمعي هو الذي احتج
على زفر بين يدي الرشيد قال له ما تقول فيمن قال لامرأته انت طالق ما بين واحدة الى ثلاث قال تطلق واحدة لانه
كلمة بين لا يثبتا والحدين فقال له ما تقول في رجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين ايكون
ابن تسع سنين فتحير زفر وقال الاستحسان في هذا وترك معنى قوله ان من قال من واحدة الى واحدة لا يقع شيء
وقيل يقع واحدة لانه لا يمكن جعل الشيء الواحد حدا ومحدودا وكان قياس كلامه لعدم تصور ذلك ويبقى انت طالق
ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام في العرف يراد به الكل كما يقال خذ من مالي
من درهم الى مائة ولابي حنيفة ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما
فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون ما ذكرنا يعني الاكثر من الاقل
والاقل من الاكثر وفيه نظر لانه لا ينعكس في قوله من واحد الى ثنتين واجيب بانه يمشي فيه ايضا لان الاكثر
فيه الثلاث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر الثنتان وليس بشيء لان قوله لان الاكثر فيه
يعني في الطلاق وليس الكلام فيه وانما الكلام في الاقل والاكثر في كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه واقول
قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحدة الى ثلاث وقوله سني من ستين
الى سبعين والاقل من الاكثر معناه اذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا سقط النظر
قوله وارادة الكل جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال خذ من مالي من درهم الى مائة وهو ظاهر
قوله في الغاية الاولى جواب عن قول زفر ووجهه ان القياس ان لا يدخل الغايتان كما ذكرت الا انه
ان الغاية الاولى لا بد ان يكون موجودة لانه اوقع الثانية ولا يصح الا بعد وجودها ليترتب عليه الثاني
ووجودها بوقوعها **قوله** بخلاف البيع جواب عن قوله كما لو قال بعتك من هذا الحائط ووجه ذلك انه
قياس فاسد لان الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في ادخالها واما في صورة
النزاع فانها ليست بموجودة ولا يمكن وجودها لترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل
انا لا نقول ان الغاية داخلة وانما قلنا انه لا يمكن وجودها لضرورة الثانية ووجودها وقوعها ونو
بما لو قال انت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة فلم يضطر فيه الى الاولى لو وقوع الثانية واجيب بانه

قوله نابتة صار لغوا بخلاف قوله من واحدة الى ثلاث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق بالاتفاق ولا يتحقق ذلك الا بعد وقوع الاقل او لو نوى في قوله من واحدة الى ثلاث واشباههما واحدة صدق ديانة لانه محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر بما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والا قل من الاكثر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب فيما بينهم ان واحدة في ثنتين اثنان ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وبيان ذلك ان الغرض به ازالة كسر يقع عند القسمة فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما لو قال انت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها فانه لا يقع الا واحدة فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث لانه يحتمله لان الواو للجمع والظرف يجمع الى المظروف قوله ولو كان غيره مدخولا بها كما لو نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلاث سواء كانت مدخولا بها او لم يكن لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي وادخلي جنتي عند بعض اهل التاويل وهذا لان احد العددين لا يصلح ظرفا للآخر وبين الظرف والمظروف من المعية فاستعير له ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق معنى حكمي لا يصلح ان يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب والضرب تضعيف احد العددين بعدد ما في العدد الآخر كالاربعة في الخمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات او تضعيف الخمسة اربع مرات فهي ثنتان وعند زفر ثلاث لان قضيته ان يكون اربعا بعرف الحساب لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار لكون الاول على ما بيناه يعني في قوله ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول فان الطول يستعمل في القوة وكثرة الشيء انما تظهر بامتداده عن قبول الابطال وذلك في البائن دون الرجعي فان قيل اذا صرح بذكر الطول فقال انت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا عندنا فكيف صح تعليله بالطول اجيب بانه اذا قال الى الشام كنى عن الطول والكناية اقوى من التصريح لكونها دعوى الشيء ببينة وموضعه علم البيان وان قولهم خطابة لا تكاد تنهض في مقام الاستدلال وقيل يجوز ان يكون عنده في هذه المسألة روايتان وهذا اقرب وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع في الاماكن كلها فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة الى ما وراءه ولو قال انت طالق جملة تتبني في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان قوله وان عنى به اذا اتيت مكة قوله عند تعذر الظرفية انما تعذر الظرفية لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على ان يكون شاغلا له فيحمل على الشرط لمقاربة اي لمناسبة بين الشرط والظرف سبق للمظروف كما ان الشرط سابق للمشروط فان الحس الاعجمة وقيل لان الظرف يجامع المظروف كما ان الشرط يجامع المشروط

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ذكر هنا فصولا مرادفة بحسب اضافة الطلاق وتنويعه تشبيه به اضافة الطلاق تاخر حكمه عن وقت التكلم الى زمان تذكر بعده بحرف كلمة شرط ولو قال انت طالق غدا على ما ذكره في الكتاب واضح قوله نوى التخصيص في العموم وهو اي العمومي يحتمل التخصيص فكان من محتملات كلامه ديانة لكنه مخالف للظاهر لان الغد اسم لجميع اجزاء النهار فلا يصدق قضاء ولعل يراد ان يعتبر العلم ما بينا ولا فرد منفقة

الحدود

الحدود ولفظ الغد ليس كذلك ومما يتوهم فيه من الاول والوسط والآخر شيء من اجزائه لا من افراده وقد لا يكون له نية آخر النهار تخصيصا فلا عموم ولا تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء مجاز لا محالة ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم واعترض بانه لا يحتمل غدا ظرفا للطلاق آخر واجيب بانه يحتاج الى تقدير انت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه في غير موضع الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن الالغاء ضرورة والاولى ان يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله انت طالق غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون الموصوف به اليوم اجيب بان ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكرر وهي ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسع لا يباحتهما فيكون الثاني لغوا ولو قال انت طالق في غد على ما ذكره في الكتاب ظاهر قوله على ما بينا اشارة الى قوله لانه نوى التخصيص في العموم وهو محتمله مخالف للظاهر وقد علمت ما فيه قوله ولابي حنيفة كلامهم قيل فيه اشارة الى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر وتقريره ان خلاف الظاهر انما لا يدين في القضاء اذا لم يكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه وههنا صادفتها فيدين قضاء وديانة الا يرى ان من حلف لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وان كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه وفيه نظر لان الحقيقة لا تحتاج الى النية وانما تحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويمكن ان يجاب عنه بتكلف معرفة ان في غدا لا يقتضي الاستيعاب فهو حقيقته وعدم التصديق فهو حقيقة بدليل قوله تعالى انا لننصر رسلنا والذين آمنوا في الحيوة الدنيا ويوم يقوم الاشهاد فانه لا يقتضي استيعاب فيما فيه الحرف وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تعالى ذكر نصرة الرسل والمرسل اليهم في الدنيا مقرونة بحرف في وذكر نصرتهم في الآخرة غير مقرونة به في هذه الآية لان نصرة الله اياهم في الآخرة ثابتة واما نصرتهم في الدنيا فكانت تقع في بعض الاوقات لانها دار ابتلاء وكلما هو حقيقة في احدهما فهو مجاز في الآخر واذا عرف هذا فنقول نيته حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز فكان من الجائز قبل بيانه نيته ان يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب فاذا بينها قطع احتمال المجاز وموضعه اصول الفقه وبقية كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرنا ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة اي معلومة منافية لمالكية الطلاق لانها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي اضاف اليه الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق او لانه امكنه تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح فكانه قال ما كنت امس في قيد نكاحي واذا امكن ذلك صير اليه لكونه محتملا له دون الانشاء وفيه نظر لان الطالق من اتصفت بوقوع طلاق بتطليق الزوج وهو غير متصور لان المطلق ان كان هذا الزوج فليس بمستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور بقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج فيكون تكرارا وايضا قوله انت طالق موضوع للاخبار لغة ولا نسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوي فيمنع المصير الى المفهوم الشرعي فان ذلك يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما ان قوله انت طالق امس وان تزوجها اليوم اما ان يكون لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق او هو محمول على الاخبار عن عدم النكاح مجازا فان عدم النكاح يستلزم عدم الملك وامكان المصير الى المفهوم اللغوي انما لا يمنع المصير الى المفهوم الشرعي اذا لم يفض الى اللغوي فاما اذا افضى اليه منعه صونا للكلام العاقل عن الالغاء قوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج يعني ان هذه المرأة اما ان تكون مطلقة زوج آخر اولا فان كان الثاني جعل قوله انت طالق امس اخبارا عن عدم النكاح مجازا وان كان الاول جعل اخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج فلو تزوجها اول من امس ووقع الساعة لانهما اسنده الى

حاله منافية وهو فاضح ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فهذا على الوجه الاول واضح ايضا واما على الوجه
الثاني فانما يستقيم اذا كانت غير مطلقة لعدم من الازواج واما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم لان اذا حل
نكاح حتى الزوج لانتفاء السكنى الشبهة وفيه ما فيه **قوله** ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك فانما يعدم
كالاول **قوله** كما في قوله ان لم آت البصرة يعني اذا قال انت طالق ان لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع الياس
عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد وقع الياس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذا هاهنا
وموتها بمنزلة موته يعني يقع الطلاق قبل موتها ايضا **قوله** هو الصحيح احتراز عن رواية النوادر فانه
قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها ما لم تمت فاذا ماتت فانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق
لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية ان الايقاع من حكمه الوقوع وتحقق
العجز عن ايقاعه قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها
بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بايقاع الطلاق قبيل موتها فيه وفي مسألة الكتاب
يقع في ظاهر الرواية فرق ان في مسألة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق
وهو آخر جزء من اجزاء حياته فيطلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه قادر
على اتيانه بعد موتها فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق **قال** ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك فاما ان
نوى شيئا او لم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع في الحال وان نوى الشرط وقع في آخر العمر لان اللفظ
يحتملها ونية المحتمل صحيحة وان كان الثاني فقد اختلف فيه العلماء قال ابو حنيفة لم تطلق حتى يموت وقالا
طلقت حين سكت الزوج لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كما هو مذهب
البصريين واستدل لهما بقوله تعالى اذا الشمس كورت لافادة الوقت الخالص في امر مترقب منتظر لا محالة
وبقوله

وإذا تكون كريهة أدعى لها • وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

لافادته في امر كائن في الحال دائما وبقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما الى العدم سقوط معنى الوقت عند
استعماله شرطا واستوضح كونه بمعنى متى بقوله ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر
من يدها بالقيام كما في قوله متى شئت ولو كان بمعنى ان لخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في ان
ولابي حنيفة ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط تستعمل فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك
بقول الشاعر في نصيحة ابنه

واستغن ما اغناك ربك بالغنى • واذا تصبك خصاصة فتجمل

ووجه ذلك ان اصابة الخصاصة من الامور المترددة وهي ليست موضع اذا كانت بمعنى ان ولم يبدل
على جانب الظرفية لما كتفا بدليلها واذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة فان اريد به الشرط لم تطلق
في الحال وان اريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك كما في مسألة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر
من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وفيه نظر لان الامر صار
بيدها بقوله اذا شئت فلا يمكن ان يكون مخرجا للامر عن يدها والا لزم ان يكون الشيء الواحد علة لضدين ولعل
ما قررناه في التقرير فليطلب ثمة ولو قال لها انت طالق ما لم اطلقك انت طالق واضح واوله بقوله موصولا لانه
اذا قال ذلك مفصولا وقع ثلاثا فاستحسانا لانه وجد الزمان الخالي عن التطليق **قوله** واخذه يريد به

وقتا ما

قوله الا ارتضاع وهي نعلها فلم تصف الفرقة اليها اجاب بقوله والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها
غير معتبر شرعا في اثبات حقها الا ترى انها لو قتلت مورثها لم تحرم عن الميراث واعترض عليه بصغيرة
مثلي تحت مسلم ارتد ابواها ولحقا بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها بشيء من المهر ولم يوجد
الفعل منها والجواب انا ما قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه انما يسقط حقها لامر
اخرجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الابوين اسقط حقها وترجع به اي بما ذكر من
نصف مهر الصغيرة على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد بان قصدت بالارتضاع افساد النكاح وان لم
تتعمد بان قصدت دفع الهلاك عنها جوعا فلا شيء عليها وان علمت ان الصغيرة امرأة زوجها لكن محمد
انه يرجع عليها في الوجهين جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه لان من اصله ان المتسبب كالمباشر فظاهر
حال في باب الغصب والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان على ما عرف في الاصول في المباشر
المتعدي وغير المتعدي سواء وكذلك في التسبب والصحيح ظاهر الرواية ان الملاك ما كان على شرف السقوط
وهو نصف المهر يتعجل بين الزوج اذا لم تقع حادثة وكذلك يجري مجرى الاتلاف في ايجاب الضمان
لكنها مسببة في ذلك لتأكيده لا مباشرة انما لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا لان وضعه
لتربية الصغير لا لافساد النكاح وانما يثبت الافساد باتفاق الحال بما يسبه الى الجمع بين الام والبنت
في ملك رجل نكاحا ولان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتلاف لكونه غير
متقوم في نفسه لانه ليس بمال عرفا ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته ذلك بانه وانما
هي ملك ضروري تظهر في حق الاستمتاع لتعذر تسقط لان ما يفوت به البدل ايضا وتقرير كلامه
الكبيرة بارضاعها مسببة في تاكيد ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا
كما تقرر ثم ان الارضاع افساد النكاح لكن افساده ليس بسبب لالزام المهر كما تقرر ايضا فان قيل اذا لم
يكن سببا لالزامه كيف وجب على الزوج نصف المهر اجاب بقوله الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة
على ما عرف في باب المهر والمتعة تجب بالنص بقوله تعالى ومتعوهن لان المتعة وعليه عاد اليها
ثانيا لكن من ضرورته اي وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط هي سببه
واذا كانت مسببة لشرط فيه التعدي كما في حفر البئر وانما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارضاع
مفسد وعلمت به لكن قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا يكون متعدية لكونها محظورة بذلك الى
الارضاع لدفع الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع في دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل المرأة بفساد النكاح
عذرا في حق عدم وجوب الضمان عليها اجاب بقوله وهذا ليس اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع
الحكم فان دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا ولا معتبر
به ذكر ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات عن الرجال الاجنبيات كن او امهات احد الزوجين
واحدة كانت او اكثر وقال الشافعي تقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعي ان الرضاع
يكون بالثدي ولا يطلع على ذلك وحكمه كالحكم النظر اليه وعنده ان شهادة اربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه
الرجال العموم كل امرأة لبن ثبتا مر رجل وقلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوي المحارم مثل الام النظر الى ثديها
ووجه قولنا ان الحرمة حق من حق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبر واحد انه ذبيحة
المجوسي فانه ينبغي للمسلم ان لا ياكل منه ولا يطعم غيره ان الخمر ما حرمه الحرمة العين وبطلان الملك فثبت
الحرمة مع بقاء الملك ونظيرها ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا ان يحبس الثمن عن البائع
ولنا ما ذكرنا في الكتاب وهو واضح ولا يحتاج الى بيان والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب
ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك واذا [illegible] ان كان الاول فان نوى الوقت وقع في الحال

وان لم يكن الشرط وقع في اخر العمر لان اللفظ يحتملها ونية المحتمل صحيحة وان كان الثاني فقد اختلف فيه العلماء قال
ابو حنيفة لم تطلق حتى تموت وقالا طلقت حين سكت الزوج لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط
من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين واستدلوا بقوله تعالى اذا الشمس كورت لان معنى الوقت خالص
في امر متوقع اي منتظر لا محالة وبقوله واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب
لما كان الطلاق متاخرا عن النكاح طبعا اخره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع والطلاق في اللغة
عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي يرفع القيد النكاحي بالفاظ مخصوصة
وسببه الحاجة المحوجة اليه وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة في النكاح او عدته التي تصلح
لها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل واقسامه ما نذكره واستوضح كونه بمعنى متى بقوله ولهذا لو
قال لامرأته انت طالق اذا شئت ولو كان بمعنى ان لخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله متى شئت ولو كان
بمعنى ان لخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في ان ولابي حنيفة ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط
تستعمل فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه واستغن ما اغناك ربك
بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل ووجه ذلك ان اصابة الخصاصة من الامور المترددة وهي ليست موضع
ذهب بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله
كل ذواق مطلاق والعامة على اباحته بالنصوص المطلقة لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء
وقوله تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واما ليها واقسامه ثلاثة احسن وحسن
وبدعي على ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قوله لانه ابعد من الندامة حيث ابقى لنفسه مكنة التدارك
بان يراجعها في العدة وبعدها بتجديد من غير استحلال واقل ضررا بالمرأة حيث لم يبطل محليتها بالنظر اليه
لان اتباع المحلية نعمة في حقهن فلا يتمكن ضرر الاجانب وقوله ولا خلاف لاحد في الكراهة اي في عدم
الكراهة فيختم بقول احد بكراهة هذا الطلاق وقوله لان الاصل في الطلاق هو الحظر لانه قطع النكاح الذي
هو سنة فيكون محظورا وقوله والا باحته للحاجة الى الخلاص اي لضرورة التخليص عن تباين الاخلاق وتنافر
الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية واما قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن
عمر فهو ما روى البخاري وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض
ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله تعالى ان تطلق لها النساء
واشار به الى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ان شاء امسك بعد وان شاء طلق خيره بين الامساك
والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض الشروح فليس هذا شرحا مما في
الكتاب فانما شرحه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر حين طلق امرأته وهي حائض
ما هكذا امرك الله انما السنة ان تستقبل الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة وقوله ولان
الحكم يدار على دليل الحاجة بيانه ان الاصل في الطلاق الحظر لما قال مالك والاباحة للحاجة الى التخلص
عن الامساك بالمعروف وعند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب النفرة امر مبطن فاقيم دليلها
وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة منها وهو الطهر الخالي عن الجماع مقامها كما تكرر دليل الحاجة
جعلت الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار وقوله ثم قيل اختلف المشايخ
في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى اخر الطهر احترازا عن تطويل العدة وهو رواية ابي
يوسف عن ابي حنيفة واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها
ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع قال المصنف والاظهر انه يطلقها كما طهرت لان هذا

طهر

طهر لان محمدا قال في الاصل واذا اراد ان يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض وطلاق البدعة
ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او ثلاثا في طهر واحدة او ثلاثا في طهر واحد فهو حرام عندنا لكن اذا فعل وقع
الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا وقال الشافعي كل طلاق مباح في حد ذاته وانما قلت
ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه فان الطلاق في هذين الوقتين حرام
عنده ايضا قال في تعليله لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وهو وقوع وكل ما هو مشروع لا يكون
محظورا لان المشروعية لا تجامع الحظر فان قيل فكيف يصح العموم والطلاق في حالة الحيض حرام اجاب
بقوله بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها فانه اذا طلقها فيه لا تحتسب من العدة
عليها لا تدري امي حامل فتعتد بوضع الحمل ام حائل فتعتد بالاقراء قال الا ان في الجمع بدعة ولا في التفريق
مستقبل للكل مباح ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح
الدينية من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان والدنيوية لما فيه من السكنى والازدواج
واكتساب الولد وكل ما هو كذلك ينبغي ان لا يجوز وقوعه في الشرع لانه ابيح للحاجة الى الخلاص كما تقدم
ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث فانه قيل فكما لا حاجة الى الجمع بين الثلاث فكذا لا حاجة الى المفرق على
الاطهار اجاب بقوله وهي اي الحاجة في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق
في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها مبطنا فانه قيل دليل الحاجة
انما اقيم مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح
في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالاول غير متصور لحصول المقصود والحاجة في نفسها باقية يعني
لاحتمال ان يكون سببه الاخلاق فيريد ان يسد الزوج باب امكان التدارك مع صفاته عن عرض الندامة
قال حجة الاسلام وعلى هذا لا يجوز ان يباح الثلاث جملة لكنها علة تعارض النص فلو نوقض ان الله اراد بالنص
قوله تعالى الطلاق مرتان فانه يدل على انه متفرق ويجوز ان يراد قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر ان من السنة
ان تستقبل الطهر استقبالا الحديث **قوله** والمشروعية في ذاته جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع
الحظر ووجهه ان المشروع لذاته لا يجوز ان يكون محظورا لذاته اما اذا كان المشروعية لذاته والحظر
لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوت مصالح الدين والدنيا فلا ينافي ذلك كالبيع وقت النداء والصلاة في
الارض المغصوبة وقد قررناه في التقرير وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لا حاجة
الى الجمع بين الثلاث **قوله** واختلفت الرواية ظاهر **قال** والسنة في الطلاق من وجهين سنة
في الطلاق من وجهين احدهما في الوقت والاخر في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول
بها وغيرها وقد ذكرناها وهي ان لا يزاد على الواحدة ويسمى واحدة مجازا لكونها اصلا للعدد وهو ما
يكون بصفة خاصته والسنة في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لما ذكرنا ان
شرعيته باعتبار الحاجة والمراعى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي
عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة فلم يكن فيهما دليل الحاجة لتقام
مقامها وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيئا فالرغبة فيه سواء كانت في حالة الحيض او الطهر فلم يخرج طلاقها
عن السنة في اي وقت كان خلافا لزفر فانه يقيسها على المدخول بها **قوله** ولنا واضح وعورض بان ما ذكرتم
تعليل في مقابلة النص فان قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر انما السنة ان يستقبل الطهر استقبالا فتطلقها يدل
على ان الطلاق في حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغيرها وخصوص السبب واجيب
بان الخصوص ثبت بخصوص السبب بل بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر مره فليراجعها وان كانت المرأة لا تحيض
من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها

اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن
ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن يعني انه اشكل عليكم حكم اعتدادها بين الطائفتين فحكمهن هذا قوله واللائي لم
يحضن مبتدا لخبر محذوف اي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة اشهر قوله والاقامة في حق الحيض خاصة
قيل هو اشارة الى ما اختاره بعض اصحابنا ان الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما
اختاره آخرون وقال شمس الائمة ظن بعض اصحابنا ان الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق
التي تحيض وليس كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتعدد به حيضا ويفصل به
بين طلاقي السنة وهذا لان المعتبر في حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر في
الشهر يتقدم هذا المعنى وكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر وفيه بحث من وجهين احدهما ما ذكره صاحب
النهاية ان الشهر لما اقيم مقام الحيض فاذا وقع الطلاق في اي شهر كان من الاشهر الثلاثة كان موقعا للطلاق
في الحيض وكان حراما كما في حالة الحيض والثاني ما ذكره بعض الشارحين ان الشهر لو قام مقام الحيض
خاصة لما احتيج الى اقامة ثلاثة اشهر مقام ثلاث حيض بل يكتفى في اقامته بشهر واحد مقام ثلاث حيض
لان الحيض اكثره عشرة ايام ومدة ثلاث حيض تحصل في شهر واحد فلا يكون اللازم منتفيا فينتفي الملزوم
واجيب عن الاول بان هذه المدة طهر حقيقة ولكنها اقيمت مقام الحيض دون ما قام مقام الشيء لا يجوز ان
يكون في معناه من كل وجه والا كان عينه لا خلفا مقامه وكان دليلا مقامه في انقضاء العدة والاستبراء
خاصة الا ترى ان الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة ليس بحرام ولو كان الاشهر
بدلا عن الاقراء في جميع الاحكام لكان محرما كما في ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام وعن الثاني
ان الشرع اقام الاشهر مقام الحيض في العدة وهي انما تكون في ثلاثة اشهر غالبا فاقيمت الاشهر مقام
هذه الحيض حتى يكتفى بشهر واحد كلم تظهر لي فائدة هذا الاختلاف ومما ذكره صاحب النهاية ان ثمرته
تظهر في حق الزام الحجة فانهما اجتمعا على انه في حق الآيسة يكفي الحيض لا غير من غير توقف الى الطهر
والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض علمنا ان الشهر قائم مقام الحيض لا غير لان الخلف انما يعمل فيما
يعمل فيه الاصل فاشتراط الحيض مع الطهر في التي تحيض انما كان لتحقق عدد الثلاثة لا لذات الطهر على
ما ذكره في المبسوط ولو كان لذاته لما اشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض وكانوا محتاجين بما قلنا
الى هذا لفظة لشيء كما ترى ان الزام الحجة على احد المختلفين لا يكون في بيان هذا الاختلاف والذي يعرض
للانسان من الاختلاف في مسئلة لا يكون الزام الحجة على الخصم قال فان كان الطلاق في اول الشهر
اذا كان ايقاع الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت او ناقصة وان
كان في وسطه فبالايام في حق التفريق بين طلاقي السنة وذلك ثلاثون يوما بالاتفاق وفي
حق العدة كذلك عند ابي حنيفة لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق وعندهما
يكمل الاول بالآخر والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات اقتصرنا ههنا على ان شاء الله تعالى ويجوز
ان يطلقها اي الآيسة او الصغيرة ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان قال شمس الائمة الحلواني وكان
شيخنا يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل فالافضل ان يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر
ولا منافاة بينه وبين قول المصنف لانه في الافضلية لا في الجواز وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه
مقام الحيض فيمن تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا ههنا بشهر ولان الرغبة تفتر
بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت في الطهر وانما تتجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو الشهر
ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها اي في التي لم تحض فيها من الآيسة او الصغيرة والكراهية اي كراهية الطلاق في
بعد الجماع في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك تشتبه وجه العدة فلا يدري انقضاؤها يكون بو

الحمل او بانقضاء المدة قوله والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر جواب قول زفر ان الرغبة بالجماع
تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل
وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما مر فيجب عدم الفصل بين وطئها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل
لا مدخل له في ايجاب الفصل بين الوطء والطلاق لذاته وانما ما مر انه لا يقع الطلاق اصلا او لا يتكرر كما
تقدم وانما المدخل في ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وقد سقطت
جهة الرغبة بالمعارضة فينتفي الحكم الشرعي لانه يبتني على الدليل وهو الفصل قوله وطلاق الحامل
يجوز عقيب الجماع واضح قوله وقد ورد بالتفريق على فصول العدة يعني قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن
قال ابن عباس اي لاطهار عدتهن فهي في ذوات الاقراء تفرقت على الاطهار وفي حق الآيسة والصغيرة على الاشهر
لانها في حقهن كالقرء في حق ذوات الحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة لان هذا
الحمل فانه طال فهي طهر واحد حقيقة وحكما الا ترى ان انقضاء العدة لا يتعلق به فصار كالممتد طهرها
فانه طهرها وان امتد شهورا فهي فصل واحد لا يفرق التطليقات فيه ولهما ان اباحة الطلاق للحاجة
لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما ابيح عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن التقصي عن حقوق
الزوجية والشهر دليل الحاجة لما في حق الآيسة والصغيرة وهذا في كون الشهر دليلا في حق الحامل
كما في حق الآيسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح ان يكون
علما ودليلا على وجود الحاجة والحكم يدار على دليلها فاذا وجد ما ابيح لاجله الطلاق فيكون شاغا
قوله بخلاف الممتد طهرها جواب عن قياس محمد بالفرق بانه هذا لا يصلح الشهر ان يكون علما
لان العلم على الحاجة في حقها الطهر اي عدده وهو موجود فيها في كل زمان لانه يمكن ان تحيض
فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض قال واذا طلق الرجل امرأته في حالة
الحيض وقع الطلاق ويستحب له ان يراجعها اما الوقوع فلان النهي لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا يعني
من قوله لان المحرم تطويل العدة فان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة فتطول العدة
عليها وذكر نقل صاحب النهاية عن شيخه ان المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من ضد الامر المذكور في
قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اي لاطهار عدتهن او الامر المذكور في قوله صلى الله عليه وسلم
مر ابنك فليراجعها لما رواه كان مأمورا برفع الطلاق الواقع في حال الحيض لاجل الحيض كان منهيا
عن ايقاعها في حالة الحيض وقال بعض الشارحين المراد بالنهي قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا
لتعتدوا والنهي اذا كان لمعنى في غيره لا يمنع الشرعية كما عرف في الاصول واما الاستحباب فلقوله
صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها وكان قد طلقها في حالة الحيض وهذا الحديث يفيد الوقوع
باقتضائه والحث على الرجعة بعبارته قال المصنف ثم الاستحباب قول بعض المشايخ ووجهه ان
ادنى الامر الاستحباب فيصرف اليه بقرينة ان الرجعة حق له ولا وجوب على الانسان فيما هو حقه
والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر وحقيقة الوجوب ان يأمر ابنه بذلك ولا دلالة في
ذلك على الوجوب على ابنه واجيب بان فعل النائب كفعل المنوب فصار النبي صلى الله عليه وسلم امر
بذلك فيثبت الوجوب ويجوز ان يقال فليراجعها امر لابن عمر فيجب عليه المراجعة قوله ورفعا للمعصية
معطوف على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع اثرها اي اثر الطلاق
الذي هو معصية وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة قوله قال يعني القدوري
فاذا طهرت يعني بعد المراجعة وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال المصنف وهكذا
ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة وذكر الكرخي ان في الروايتين فقال

ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وما ذكر في الاصل قولهما والمصنف ذكر وجه كل منهما ولم يرجع الى الحديث
المروي في الباب لان كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث روى البخاري بسنده الى نافع عن عبد
الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر
ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس وهذا يدل على رواية الاصل وروى الترمذي في
جامعه مسندا الى سالم بن عمر انه صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت
وهذا يدل على رواية الطحاوي واذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف الى بيان وجههما بالمعاني
الفقهية وهو ظاهر **قوله** ومن قال لامرأته اعلم انه من المدخول بها انت طالق ثلاثا للسنة
وهي اما ان تكون من ذوات الاقراء اولا وكل لا يخلو منهما على وجهين اما ان ينوي بذلك او لا ينوي فان لم
ينو شيئا فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة وان نوى الثلاث
الساعة او عند كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض او حالة الطهر
وكذا ان نوى عند راس كل شهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة لانه ضد السنة وضد الشيء لا يراد به ولنا ان
اللام فيه اي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لا جماع فيه
تطليقة واذا لم يحصر فلعقه الى السنة وقوعا لان وقوع الثلاث وقعه في حالة الحيض مذهب
اهل السنة فهو سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف صحة وقوعه بالسنة وهو ما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال من طلق امرأته الفا بانت منه بثلاث والباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا
يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله فاذا صح الوقوع صح الايقاع وكان سنيا وقوعا وايقاعا وليس كذلك
اجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس بفعل المكلف لانه حكم شرعي دخولا يوصف بالبدعة
والايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف وكان الوقوع اشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني وقوعا
وان كانت ايسة او من ذوات الاشهر ولم يكن له نية وقعت الساعة ساعة وبعد شهر اخرى لان
الشهر في حقها دليل الحاجة على ما بينا قبل هذا ان الشهر في حقها قائم مقام الحيض وان نوى
ان يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا انه سني وقوعا واذا قال انت طالق للسنة
ولم ينو على الثلاث ان كانت طاهرة لم يجامعها طلقت في الحال وان كانت حائضا او في طهر جامعها
لم تقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لان قوله انت طالق للسنة ايقاع تطليقة
مختصة بالسنة المعرفة باللام وهي تلك فان نوى ثلاثا جملة قال المصنف لم يصح قيل هكذا ذكر فخر
الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الائمة السمرقندي لان نية الثلاث انما صحت
فيما تقدم من حيث ان اللام فيه للوقت ووقت طلاق السنة متعدد فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورة
تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لانه جعل تعميم وقت ظرف الواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف فاذا نوى
الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى فلا يصح نيته
الثلاث خلافا لما اذا ذكر ثلاثا لان الثلاث مذكور صريحا فيه وذكر صاحب الايضاح وشمس الائمة السرخسي
وشيخ الاسلام ان نية الثلاث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلاثا لان التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام
نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلقها في طهر لا جماع فيه والحسن ان يطلق الثلاث في ثلاثة اطهار
فاذا نوى الثلاث فقد نوى احد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فيصح نيته كما لو قال انت طالق ثلاثا للسنة
او طلاق السنة كذا في بعض الشروح وفيه نظر لان المدعى وقوعها جملة ودليله يدل على التفريق على الاطهار
كما ترى ونقل قاضيخان في الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة كما لو ذكر ثلاثا وفيه نظر لانه يستلزم
التنافي بين العبارة والاقتضاء في العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضى لا عموم له عندنا ولعله بسبب

اختيار المصنف عدم الوقوع جملة وقوله فصل لما ذكر طلاق السنة لكونه الاصل وذكر ما يقابله
من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع طلاقه كل زوج عاقل بالغ دون الصبي
والمجنون والنائم لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون والمراد بالجواز
النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون والمراد بالجواز النفاذ دون الحل
الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة في المعاملات والنفوذ بالوقوع
فمعناه كل طلاق نافذ الا طلاق الصبي والمجنون ولان اهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي
والمجنون اما المجنون فظاهر واما الصبي فلان المراد به ما هو المعتبر لعينه والصبي وان اتصل
بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتد لقبل البلوغ فلا يعتبر فيما له فيه مضرة
والنائم عديم الاختيار في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي
هو يقول الاكراه لا يجامع الاختيار لانه ضده واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار
طلاق الهازل فانه مختار وكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله في التكلم الطلاق اشارة
الى ان المعتبر ذلك الاختيار حتى لو اكره على ان يقول لامرأته استقيني فقال انت طالق وقعت وان لم يكن
مختار الحكم لكونه مختارا في التكلم ولنا انه قصد ايقاع طلاق منكوحته في حال اهليته فلا يعرى
عن قضيته اي حكمه لان الحكم لا يتخلف عن علته **قوله** قصد ايقاع الطلاق احترازا عن الاقرار
به مكرها فانه لغو لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على راسه دليل انه كاذب فيه
والخبر فيه اذا كان كذبا فيما لا اختيار عنه لا يصير صدقا **قوله** في حالة اهليته احترازا عن الصبي
والمجنون وتقريره ان المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته لانه عرف الشرين
الهلاك والطلاق واختار اهونهما واختيار اهون الشرين انه القصد والاختيار وهو ظاهر
وكل من قصد ايقاعه لذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما في الطائع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو
موجود في المكره حاجته ان يتخلص عما يوعده به من القتل والجرح **قوله** الا انه غير راض بحكمه جواب
عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرها من البيع والشراء
والاجارة وغيرها وليس كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود واما
فعدم الرضى بالحكم غير مخل به كالهازل فهو الذي يقصد السبب دون الحكم فان قيل بين المكره والهازل
فرق وهو يبطل القياس وذلك ان المكره له اختيار فاسد والهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم
فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره اجيب بان للهازل اختيارا كاملا في السبب لا في
حق الحكم وهو المقصود ومن السبب لا اختيار له اصلا فكان اختيار الهازل انقص من كامل بالنظر
الى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار احدهما بالاخر جائزا وطلاق السكران واقع واختار الكرخي
والطحاوي عدمه وهو الوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب واضح خلا ان في كلامه تسامحا لانه
جعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب ولما كان
المغلوب كالمعدوم اطلق الزوال مجازا لحصول هذا ذلك واعترض بوجهين احدهما ان شرب
المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه جعل العقل باقيا
في الطلاق حكما زجرا له كما في الردة والاقرار بالحد والخالصة اولى لان الزجر والعقوبة هناك اتم
واجيب عن الاول بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال ولا جهة اباحة تصلح لاضافة
التخفيف اليها فجعل مانعا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية وامكن انفصالها عنه
ابتداء وانتهاء فكان جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف والرخص اليها وعن الثاني بان الركن في الردة

الاعتقاد والشكر لا تتغير معتقد لما يقول فلا لحكم برد له لانعدام ربها لا للتخفيف عليه بعد يقول الشرب
والاقرار بالجحود فان الشكران لا يكاد يثبت على شيء فيفعل بحقا عما اقر فيتوقف احتمال الرجوع وفي
قوله بسبب هو معصية اشارة الى شيئين احدهما الفرق بين الشرب وسكر المعصية كما ذكرنا والثاني
ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا واما غيره فهو ان يكونه من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر
اذا اكره على شربها والخمر به يريد به نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها
فنزعه في الحال ونزل عنها لا يحنث وان كان اللبس القليل والركوب القليل يوجد لان ذلك ضرورة الاشتغال بالنزع
والنزول قوله ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق هنا ثلاثة الفاظ النهار والليل واليوم اما
النهار فللبياض خاصة واما الليل فللسواد خاصة ذلك حقيقتهما اللغوية واما اليوم فانه يستعمل في بياض
النهار خاصة ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض والصحيح وهو مذهب الاكثر انه اطلاقه على مطلق الوقت
مجاز لان حمل الكلام على المجاز اولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة وعلى التقدير بن لابد من
القرينة فيرجح معنييه على الاخر بما قرن به فان كان ممتدا وهو ما يصح فيه المدة كاللبس والركوب والمساكنة
وغيرها فالصحة ان يقال لبست يوما او ركبت يوما حمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهذا الممتد بكون
وان كان مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت او دخلت يوما
يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا
متحرفا لقتال الاية والمراد به مطلق الوقت لان الفرار من الزحف لا يختص بالايام والتلاهي فقوله
والطلاق من هذا القبيل يعني انه من قبيل ما لا يمتد فينتظم الليل والنهار يشير الى انه اعتبر المظروف
دون المضاف اليه لانه لتمييز المضاف من سائر الايام وهذا لم يعتبر فيه باتفاق اهل اللغة وكذا اذا
قيل عند بحراني امرأتي طالق يوم يقدم فلان وامرك بيدك او اختاري يوم يقدم فلان يعتق عبيد
وتطلق امرأته بقدومه ليلا ونهارا لعموم المجاز ولم يكن الامر والاختيار بيدها لعدم وجه الانتفاء
المضاف اليه فيهما لامتداد المظروف في الثاني دون الاول واعتبار عامة المشايخ انما هو فيما لا اجمال
فيه لحكم الحجاب بالنظر الى حصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه كلاهما مما لا يمتد كقوله
يوم يقدم فلان فانت طالق وهذا لم يعتبر كلهم فيما اذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والامر
بالليل المظروف فانه قيل اعتبر المصنف المضاف اليه في مسئلة يوم اكلم فلانا فامرأته طالق مع اختلاف
الجواب لان الكلام مما يمتد اجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان الكلام عند محمد كما قاله بعض المشايخ
وح لا يختلف الحجاب فيصح اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود ولو قال عنيت به بياض النهار
خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استعمالها عنها

فصل لما كانت اضافة الطلاق الى النساء لانها لا اضافتها الى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه
مسائل اخر متنوعة وكان حقها ان تذكر في مسائل شتى ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى
طلاقا ولو قال انا منك بائن او علي حرام ونوى الطلاق طلقت وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه
الاول ايضا اذا نوى لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين فان الحل
مشترك بينهما وهو ظاهر وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب انها تملك المطالبة بالوطئ كما انه يملك
بالتمليك وكانهما يسميان متناكحين وبذكر كل منهما في عقد النكاح والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة
وكل ما وضع لذلك صح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم وقلنا لا نم ان الطلاق
وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها الممنوعة
عن التزوج والبروز فعلمنا انه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا

تملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح ولا يمكن ان يجتمع البدلان في ملك شخص احد قوله
ولهذا اي ولانها مملوكة سميت منكوحة اي وان دعليها ملك النكاح بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة
وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فيصح اضافتهما الى الزوجين ولا يصح اضافة
الطلاق اليه الا اذا كان الزوجان في الابانة والحل مشتركين كان ذلك في حق اضافة الابانة والحرمة اليهما
واللازم باطل فانه اذا قال انت بائن او حرام ونوى الطلاق وقع ولو قال انا بائن او حرام ونوى الطلاق
لم يقع ما لم يقل منك وعليك واجيب بان هذا الاختلاف انما نشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد
الملك وليس من جهته دونها فانه ليس عليها ملك غيره ولا يحل على غيرها ما دامت في عصمته فكانت الجهة
متعينة فاكتفى بقوله انت بائن او حرام فاما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها وان كانت
في عصمته فلا بد من ذكر منك او عليك تعيينا للجهة قوله ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء
ظاهر قوله ولا فرق بين المسئلتين يعني بين قوله انت طالق واحدة او لا وبين قوله انت طالق
واحدة او لا شيء في حق التشكيك في الايقاع او في حق الوضع قوله ولو كان المذكور ههنا اي في
الجامع الصغير قول الكل يعني محمد فيه روايتان لانه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير انه لا يقع
شيء فكان عند محمد ايضا لا يقع شيء ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط بان عنده تطلق واحدة رجعية
اذا قال انت طالق واحدة او لا شيء ولا تفاوت بين الوصفين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه
وقوله له اي لمحمد انه ادخل الشك في ظاهر قوله ولهما اي ولابي حنيفة ولابي يوسف ان الوصف يعني
انت طالق متى قرن بالعدد مثل ان يقول انت طالق واحدة او ثنتين او ثلاثا كان الواقع بذكر العدد
كان الكل كلاما واحدا في الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل في الواحدة داخلا في الايقاع فكان
نظير قوله انت طالق او لا وهناك لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله الا ترى هو
واضح قوله على ما مر اراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد فلا اجتماع بين المالكية والمملوكية قد
تقدم تقريره مشبعا قوله فلان ملك النكاح ضروري فاذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك الرقبة
فاما اذا ملك شقصا منها فينبغي ان لا ينتفي الحل الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرأ عليه الا حل قوي
ولا ضعف الجنس بان ملك اليمين دليل الطلاق فقام مقامه فيتبين ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء
لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه يعني من حيث العدة لانها
اثر من اثاره فلا يجب مع وجود المنافي والا لكان ملك النكاح باقيا من وجه لا من كل وجه يعني من
حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا بقاء وقيل لا من
وجه يعني اذا ملك الشقص ولا من كل وجه يعني اذا ملك الجميع وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي
قوله لعدة هنا يعني في حق مولاها الذي كان زوجها اي لا يظهر العدة في حق الحل حتى يحل وطئها واما
العدة في نفسها فواجبة حتى انه لو اعتقها ليس لها ان تتزوج باخر قبل انقضاء عدتها **باب** وان قال
لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق
بالاعتاق او العتق هذا الكلام يحتاج الى بيان انه تعليق مع عدم شيء من اداته فالله تعليق التطليق
والمذكور هو الطلاق او انه تعليق التطليق بالاعتاق او العتق اما انه تعليق فلما بينه المصنف بقوله ليمنع
عتق مولاك اياك بمعنى الصفة لان الاعتاق من المولى امر متردد بين الوجود والعدم والطلاق تعلق به فكان
العتق شرطا ووقوع الطلاق تعلق به وكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا واما انه تعليق التطليق فلانه
تصرف المرء انما ينعقد فيما علكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه امرا شرعيا ليس داخلا تحت قدرته واما ان
ذلك بقوله والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا بناء على ان الشرط عندنا

يقع عليه العلة بالي زمان وجوده كما عرف في الاصول واما انه تعليق التطليق بالاعتاق او العتق فلم يتصور تعليق
الغريبة لان الاعتاق كان من باب ذكر الحكم وارادة علته واما العتق فعلى طريقة الحقيقة وهو الملفوظ فبناه
على التطليق بالاعتاق او العتق واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده لان الجزاء يعقب
الشرط ثم الطلاق يعقب التعليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي
حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة بل يبقى عليها شيء وهي انه كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية
واجاب عنه بقوله قلنا قد يذكر للتأخير كما في قوله تعالى ان مع العسر يسرا فيحمل عليه لما ذكرنا بدليل
ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين احدهما ان قوله مع مولاك اياك
لا يصح الا بمعنى الاعتاق فما وجه الشق الثاني من الترديد والثاني انه على ذلك التقرير يجب ان يقع طلاق
من قال لها وهي اجنبية انت طالق مع نكاحك لانه يكون بمعنى ان نكحتك لكن لا يقع فلكل ان يقول عن الاول
ان وجه النظر الى لفظ العتق ليتبين اثره فيما اذا قال لها انت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم
بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب وعن الثاني بان العدول عن معنى القران الذي هو حقيقة
مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيزا وتعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك
فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا صيانة
كلام من ليس كذلك واذا قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد
حرمت حرمة غليظة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد زوجها يملك الرجعة كما في المسئلة المتقدمة واعلم ان دليل محمد على ما ذكر في الكتاب ليس
بصحيح يقبل الاصلاح بالعناية وانما ذكره بتوضيح تبعا للمصنف قال لان الزوج قرن الايقاع باعتاق
المولى معنى يعني على وجه التعليق حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى فكانا مقترنين في ذلك الشرط
وهو مجيء الغد والمعلق بالشرط انما ينعقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين في التنجيز فكذلك حكمهما ايضا والعتق
يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق فان المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعد ذلك وهو
الطلقتان والمعلولان معا كما ان الاعتاق صادفها وهي امة فكذلك التطليق والطلقتان تحرمان الامة حرمة
غليظة وظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكرنا ايضا ان قوله انت طالق واحدة او جزءا من قوله انت طالق ثنتين
وهما اي الاعتاق او التطليق يوجدان بهذين اللفظين في زمان واحد فيتقدم احدهما في الوجود وهو قوله انت
حرة فيما دفعا التطليقات وهي حرة فيملك الرجعة عليها وههنا قرب لان قوله في زمان واحد يناقض قوله فيتقدم

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ذكر وصف الطلاق بعد ذكر اصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعا ومن قال لامرأته انت طالق هكذا
يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث لان الاشارة بالاصابع يفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت
بالعدد المبهم لما روي عن ابن عمر لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس ابهامه
في الثالثة يعني ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى خنس قبض فان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار
باثنتين فهي ثنتان فقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله بالسبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة والجواب
جاء في الحديث السبابة روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كيف الطهور فدعا رسول
الله صلى الله عليه وسلم بماء وتوضأ فادخل اصبعيه السبابتين اذنيه ومسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسبابتين

قال انه طالق مع نكاحها لا يقع

باطن اذنيه رواه الطحاوي في شرح الآثار **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع يفيد العلم بالعدد
في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد **قوله** والاشارة تقع بالمنشورة منها ظاهر **قوله** ولنا انه وصفها اي وصف
الطلاق بما يحتمله لان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به ولو لم تكن من محتملاته لم تحصل به فيكون
هذا الوصف لتعيين احد المحتملين واعترض عليه بانه لو كان محتملا له لجاز نيتها فيقع بقوله انت طالق
واحدة بائنة اذا نوى وليس كذلك واجيب بان النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله
انت طالق تغير المشروع لان الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم وخروج الى الفرق بين
عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع واجيب بان الفرق بينهما ان الوصف اللفظي
اقوى في اعتبار الشرع من النية بدليل انه لو قال انت طالق ثم قال عنيت به تطليقا اعتبر الشرع لذلك طلاقا واحدا
به مشروعا وهو عدم اعتبار الكذب ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ لم يعتبر طلاقا
~~بسبب الكذب ... بلفظ يتغير طلاقا لئلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق~~
قوله ومن علما الرجعة ممنوعة اي لانسلم انه لا يقع بائنا بل يقع واحدة بائنة ولئن سلم فالمراد في قوله الا رجعة
صريحا نفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا لكن يلزم منها نفي الرجعة ضمنا
وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا افاده شيخي العلامة **قوله** فيقع واحدة بائنة يعني فيما اذا قال
انت طالق بائن اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل في باب ايقاع
الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا **قوله** تطليقتان بائنتان يتعلق عند
وقال الشافعي تطليقتان رجعيتان **قوله** لان هذا الوصف يعني قوله بائن او البتة يصلح لابتداء الايقاع بان
قال نويت انت بائن او انت البتة ونوى به الطلاق وكذا اذا نوى به تطليقة اخرى ويكون بجعله بعد
ذلك كقوله انت طالق انت بائن وكان شيئان يكون احدهما رجعيا عملا بقوله انت طالق الا انا جعلنا
بائنا لعدم الامكان لان الثاني يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول
رجعيا اذا صار الثاني بائنا وهذا يشير الى ان الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم
بقائه رجعيا وهذا ظاهر صحيح ومن الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعيا فان اراد ما ذكرناه فلا كلام فيه
وان اراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح **قوله** وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق
بائن في الاحكام الاربعة وهي قوله فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين ولو نوى الثلاث
فثلاث ولو نوى بقوله انت طالق واحدة وبقوله افحش الطلاق واحدة اخرى يقع تطليقتان وكذا الجواب في
قوله اخبث الطلاق او اشره او اشده او اكبره او اسوأه لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو
البينونة في الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وما هو غير محسوس فانما يعرف باثره فصار كانه قال انت
بائن فان قيل الافحش افعل التفضيل يقتضي فاحشا وافحش والفاحش هو البائن والافحش
منه الثلاث فينبغي ان يقع الثلاث به لذكر افعل فالجواب بان افعل ههنا لاثبات اصل الوصف من غير زيادة
كقوله الناقص والاشج اعدلا بني مروان وهو مشهور يسمى لا اضافة بالمعنى الثاني وملاحه واضح لا يحتاج
الى الشرح وذكر الاصل الذي تبتني عليه اقوالهم وهو ايضا واضح **قوله** وبيانه في قوله مثل رأس الابرة يقع به
واحدة بائنة عند ابي حنيفة خاصة على تقدير ان يكون محمد مع ابي يوسف **قوله** مثل عظم رأس الابرة يقع
به واحدة عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد **قوله** مثل الجبل يقع به واحدة بائنة بالاتفاق اما عند ابي
حنيفة فلوجود التشبيه واما عند ابي يوسف فلذكر العظم واما عند محمد فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند
الناس

فصل في الطلاق قبل الدخول

لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل ولهذا الحكم جهة ذكره في
فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل اذا قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا وقعن وقال الحسن البصري
يقع واحدة بقوله انت طالق وتبين بها لا الى عدة قوله ثلاثا يصادفها وهي اجنبية فلا يقع به شيء كما لو
قال انت طالق طالق طالق ولنا ما ذكر في الكتاب وهو لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا
ثلاثا على ما بينا يعني قبل هذا الوضع متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد لانه انما يحذف المصدر
محذوفا لان الوصف نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل التعدد والمصدر اولى بذلك
لدلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع مصدرا محذوفا لم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة والا لزم
عدد الطلاق وهو غير مشروع فيتعين جملة وصار الكل كلاما واحدا ايقاعا على حدة وتبين بالاولى ولا تقع
الثانية اذا لم يكن في اخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانية صادفتها وهي مبانة كما لو قال
انت طالق واحدة وواحدة ولو قال انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة بطل لانه قرن الوصف بالعدد
فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا لو قال انت طالق ثنتين
او ثلاثا لما بينا انه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد وهذه اي وهذه المسائل الثلاث
وهي قوله انت طالق واحدة وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين او ماتت قبل قوله ثلاثا تبتنى على ما قبلها
وهو قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن من حيث الدليل وهو ان الواقع فيهما هو
العدد لا ذكر الوصف وعند [illegible] ان الحكم يختلف لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلاث
صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف بنفسه بل بالعدد
صادفها العدد وهي منكوحة حية وقع الثلاث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصورتين
للعدد لا للوصف **قوله** ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة اعلم ان كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد
للتأخير فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة وقعت ثنتان وذلك مبني على اصلين ذكرهما في الكتاب
احدهما ان الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده واذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثاني ان الايقاع
في الماضي ايقاع في الحال لان [illegible] فاذا قيل لغير المدخول بها انت طالق واحدة قبل
الاخرى واحدة كان الظرف صفة لما قبله فتقع واحدة قبل الاخرى فتفوت المحلية فتلغو الثانية
واذا قال قبلها واحدة للثانية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال فيقترنان في
الوقوع والتعقيب في قوله بعده واحدة صفة لما قبله فيقتضي ايقاع الاولى وايقاع الثانية بعدها
فيقترنان كما مر وفي قوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالاولى وتلغو الثانية لفوات
المحلية ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة وقعت ثنتان لان كلمة مع للقران فيتوقف
الاولى على الثانية تحقيقا للمراد فيقعان معا وعن ابي يوسف في قوله معها انه يقع واحدة لان
الكناية تستدعي سبق المكني عنه وجودا وذلك في الطلاق بالوقوع **قوله** وفي المدخول بها تقع ثنتان
في الوجوه كلها اي فيما ذكرنا قبل وبعد بالكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى **قال** ولو
قال لها ان دخلت الدار اذا علق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان
قدم الشرط او اخره فان كان الثاني كما اذا قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع
الجميع بالاتفاق وان كان الاول كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فكذلك عندهما وقال
ابو حنيفة تقع واحدة لهما ان الواو للجمع المطلق وقد دخلت بين الاجزية فيجمع بينها فتتعلق جميعا وتنزل
جملة كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا لان الجمع بالواو كالجمع بلفظ الجمع وكما اذا اخر الشرط فان تأخيره
لا يغير موجب الكلام وله ان الجمع للمطلق يحتمل القران والترتيب لانه حقيقة في الخارج لا يمكن الا باحد

الوجهين وعلى اعتبار الاول يقع الجملة وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة لا تفاقه فكان في الزائد على الواحدة
شك فلا يقع بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكلما كان كذلك يتوقف
صدر الكلام عليه فيتعين جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب وبانت بالاولى
فلا يقع الثانية ولم يجب عن التخصيص بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب **قوله** ولو عطف بحرف
الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف
يجعلهما كلاما واحدا فيتعلقا كما في صورة الواو وسواء قدم الشرط او اخره عندهما خلافا له وذكر الفقيه
ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح **قال** واما الضرب الثاني
وهو الكنايات لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات
والكناية ما استتر المراد به وحكمها ان لا يعمل بها الا بالنية او ما يقوم مقامها من دلالة الحال
لانها غير موضوعة لما استعملت فيه بل محتملة وغيره فلا بد من التعيين ودلالته ثم الكناية
على ضربين ما يكون الواقع به واحدة رجعية وما يكون واحدة بائنة فالاول ثلاثة الفاظ وهي
اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة ولا بد لكل واحد منها من احتمال معنيين حتى يحتاج الى التعيين
بالنية او ما يقوم مقامها من دلالة الحال وقد ذكر المصنف في كل واحد ذلك وكلامه فيه واضح
قوله لان قوله انت طالق فيها اي في هذه الالفاظ الثلاثة مقتضى اي ثابت بالاقتضاء في قوله
اعتدي واستبرئي كما اشار اليه في قوله فيقتضي طلاقا سابقا لان الامر بالاعتداد بغير طلاق غير
صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقا **قوله** او مضمر يعني في قوله انت واحدة **قوله** ولا معتبر
باعراب الواحدة عند عامة المشايخ سواء قال انت واحدة بالنصب او بالسكون فقوله هو الصحيح
احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق اذا نصب الواحدة وان لم ينو ليكون صفة للطلقة
اما اذا رفعها فلا يقع بلا نية لانه ح يكون صفة شخصها وقيل هو قول محمد وعند ابي يوسف
يقع في الاحوال كلها لان نية الطلاق تعرب عن الغرض وان اخطأ في الاعراب وان اسكن فهو
محتاج الى النية لاحتمال المعنيين والصحيح ان الكل سواء لان العوام لا يعرفون وجوه الاعراب
والثاني هو بقية الكنايات وهو المذكور في الكتاب اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة
وان نوى ثلاثا كان ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة اما وجوب النية فلما ذكرنا من احتمال الطلاق
وغيره الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق فان القاضي يحكم بالوقوع وان ادعى الزوج عدم النية
واما جواز نية الثلاث فلان الواقع بها اذا كان بائنا فالبينونة تتصل بالمرأة للحال ولا اتصال لها الا
انقطاع يرجع الى الملك وانقطاع يرجع الى الحل فيتعدد المقتضي بتعدد المقتضي على الاحتمال فيصح تعيينه
والمثنى يعزى عن ذلك قال المصنف سوى بعض القدوري بين الفاظ الكنايات في وقوع الطلاق بلا
نية حال مذاكرة الطلاق وليس على اطلاقه بل انما ذلك فيما لا يصلح ردا فلا بد من بيان ذلك بقوله والجملة في
ذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق بان تسال ذلك وحالة غضب
الزوج والكنايات ثلاثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وهي سبعة اخرجي اذهبي اغربي قومي تقنعي استتري
تخمري اما صلاحية هذه الالفاظ للرد فلان يريد الزوج بقوله اخرجي اتركي سؤال الطلاق وكذلك اذهبي اغربي
وقومي واما تقنعي فمن القناعة او من القناع وهو الخمار ومعنى الرد فيه هو ان يريد واقنعي عن ذلك
الله وهمي في امر المعيشة واتركي سؤال الطلاق واشتغلي بالتقنع الذي هو اتم لك من سؤال الطلاق وكذا قوله
استتري وتخمري لانهما من الستر والخمار وما يصلح جوابا لا ردا ثمانية الفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدي
امرك بيدك اختاري والجملة الاولى تصلح للسب والشتيمة ايضا اذا عرف هذا ففي حالة الرضا لا يكون شيء

طلاق فلا بد من النية لما قلنا ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية لتعيين احد المحتملين والقول
قوله مع يمينه في انكار النية مع يمينه وفي مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء في قوله لم انو الطلاق فيما يصلح جوابا
ولا يصلح ردا وهو الفاظ الثانية المذكورة لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحكم
انما يتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا او ردا وهو الالفاظ السبعة المتقدمة **قوله** وما يجري هذا
المجرى يريد به مثل اغربي واستتري لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق
في جميع ذلك يعني اقسام الكنايات لاحتمال الرد او السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم وهو
ثلاثة الفاظ اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن
ابي يوسف انه اذا قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك ولم
انو الطلاق صدق لما فيها من الاحتمال مع السب فعنده اربعة الفاظ وقيل خمسة الفاظ خامسها
الحقي باهلك الحقها ابو يوسف بالخمسة المذكورة المحتملة للسب من حيث احتمالها السب فان
قوله لا ملك لي عليك يحتمل ان يكون معناه لانك اقل من ان تنسبي الي بالملك والسبيل ولا سبيل
لي عليك لسوء خلقك واجتماع انواع الشر فيك وخليت سبيلك لعدم نيتك وفارقتك في المضجع لدفع
وعدم نظافتك والحقي باهلك لانك اوحش من ان تكوني حليلتي **قال** ثم وقوع البائن بما سوى
الثلاثة الاول مذهبنا وهو مذهب عامة الصحابة وقال الشافعي يقع بها رجعي وهو مذهب عمر
وابن مسعود لان الواقع بها طلاق واحد لانها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية والكنايات
عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد والطلاق يعقب الرجعة كالصريح فانه انما يملك معقبا بالرجعة
لكونه طلاقا ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية وكل ما صدر عن
اهله كذلك كان صحيحا لا محالة اما الاهلية فلا خفاء فيه لان الكلام في الاهل واما المحلية فثابتة
ولهذا كانت المرأة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق واما الولاية الشرعية فلان الدليل الدال على ولاية
الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة الى اثباته دال على ولاية الابانة لوجهين ذكرهما المصنف احدهما قوله
كيلا ينسد باب التدارك والثاني قوله ولا يقع في عدتها المراجعة من قصد **قوله** باب التدارك اي تدارك
رفع المرأة عن نفسها لانه لو لم يقع البينونة عند نيته عسى تراجع المرأة عليه نفسها وقبلته بشهوة فثبت
الرجعة والزوج يريد فراقها كذا في النهاية وفي هذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه تفسير
الوجه الثاني وان جعلت الثاني تفسيرا للاول بلا العطف فسد الكلام جملة لان وقوع المراجعة من
غير قصد لا يستقيم على مذهبه ~~وان فسد الثلاثة جملة لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم~~
~~على مذهبه~~ واذا فسد التفسير فسد المفسر والاولى ان يفسر قوله كي لا ينسد باب التدارك بان
الرجل قد يكون له غرض عن المرأة حتما بسبب من الاسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدو
له فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلاثا ولا يرضى بزوجها محللا فينسد عليه باب التدارك واما اذا وجد
ذلك فيتدارك بتجديد النكاح واما الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية ولقائل ان يقول هذا
الدليل يدل على ان تصرف الابانة صدر من اهله الخ فيكون صحيحا والمدعي ان هذا التصرف تصرف ابانة
فلا بد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة صدر من اهله والجواب ان هذا الدليل يدل على الابانة التي يمكن
بها التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد يحتاج اليها لا بد منها وهو لا يمكن ان تكون البينونة الغليظة
لانسداد باب التدارك بها فتعين ان تكون البينونة الحقيقية بطلقة واحدة **قوله** وليست بكنايات عن
التحقيق جواب عن قوله لانها كنايات عن الطلاق وتقريره ان الكناية عن الطلاق الصريح انما يكون كالصريح
في العمل ان لو كانت حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقائقها **قوله** والشرط تعيين احد نوعي البينونة

جواب

جواب عن قوله ولهذا تشترط النية وتقريره اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس
كذلك بل هو لتعيين احد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق يعني النية شرط للطلاق البائن
لا للطلاق المجرد **قوله** وانتقاص العدد جواب عن قوله وينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل
الوصلة وكل ما هو كذلك ينتقص به العدد وتحقيقه انه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن
فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا **قوله** وانما تصح نية الثلاث جواب عما يقال لو كانت عوامل في
حقائقها لما صحت نية الثلاث في قوله انت بائن مثلا كما لا تصح في قوله انت طالق لانه عامل بنفسه وتقرير
صحة نية الثلاث لم يكن من حيث انه عامل في حقيقتها بل من حيث تنوع البينونة الى الغليظة وخفيفة
وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو الواحد البائن ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد
وقد بيناه من قبل يعني في اول الباب ايقاع الطلاق وفيه نوع ذلك ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها
جنسا الخ **قال** فان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها
نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلاث نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيئا لم يقع شيء نوى بالاولى طلاقا
لا غير وقعت ثلاث نوى بالثانية طلاقا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثالثة طلاقا لا غير وقعت واحدة
نوى بالاولى ~~ونوى بالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاخرى حيضا لا غير وقعت واحدة~~
~~لا غير نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية طلاقا~~
وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى ~~بالثانية طلاقا وبالثالثة طلاقا~~ وبالاولى حيضا وقعت ثلاث نوى
بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان نوى بالاولى وبالثالثة حيضا وبالثانية
طلاقا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وقعت واحدة وبناء هذا الوجوه
على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك والله
الموفق وفي كل موضع تصدق الزوج على نفي النية انما تصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار
عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في بابه على حدة واخره
لان الاصل تصرف المرء لنفسه

فصل في الاختيار

هذا الباب ثلاثة فصول بالاستقراء وذكر متوالية وكلامه واضح وحاصله ان فيه قياسا واستحسانا
القياس يقتضي ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال
اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء ومن لا يملك شيئا لا يملك غيره لغيره لكن استحسنوا تركه
القياس لاجماع الصحابة روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر وزيد وعائشة انهم قالوا اذا
خير الرجل امرأته كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت فلا خيار لها ولم ينقل عن غيرهم
خلاف ذلك فكان محل الاجماع **قوله** والتمليك دليل معقول على ان الاصل ان يقتصر الجواب على المجلس
كما في البيع وهو مخالف لما ذكر صاحب الراية اذ القياس لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان

المخيّر من الزوج مطلق والمطلق ممّن يحتمل التأبيد بتاً بتاً لكن تركنا هذا القياس باثار الصحابة والمعنى
جعله كالبيع في كونه تمليكا لانه اما ان البيع ما بنا بداوثما لا بنا بدفان كان الاول بطل القياس اعني قياس المصنف
التخيير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ما ذكره صاحب
النهاية ثم فرق بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضي ان يكون المالك له عاملا لنفسه والتوكيل يقتضي
ان يكون الوكيل عاملا لغيره والمرأة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا لا توكيلا وورد
على ذلك شبهتان احدهما ان رب الدين اذا وكل المديون بابرا نفسه عن الدين فهو وكيل وان كان عاملا لنفسه
في ابرا ذمته عن الدين والدليل على انه وكيل عدم الاقتصار عن المجلس وتمكن صاحب الدين الرجوع قبل
الابرا والثانية ان التخيير لو كان تمليكا لتوارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة
انه لو قال طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلق فطلقت هي نفسها حنث الزوج في يمينه ولو ملكت الطلاق لما
حنث واجاب عن الاول بما حاصله ان تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته والضمني غير معتبر
وهو ليس بدافع لجواز ان يقال مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالتها وكذا بقية الاجوبة
في الاجوبة تركناها عن ضعف يطول الكلام بذكره وان التمليك هو الاقدار الشرعي على محل التصرف والتوكيل
هو الاقدار على التصرف وح تندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية ان التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك
لها الا بالقبول فقبله لا ملك لها وبعده يزول الملك فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة
بان المسئلة ممنوعة والمنع مذكور في الزيادات ثم المرأة اما ان تختار زوجها او نفسها فان اختارت زوجها
لم يقع شي وقال علي رضي الله عنه يقع تطليقة رجعية كانه يجعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما ناخذ بقول عمر
وابن مسعود انه لا يقع في ذلك شي لان عائشة رضي الله عنها اختارت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعتبرناه ولم
يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فواحدة باينة عندنا وهو قول علي لان اختيارها نفسها انما يثبت باختصاصها
بها وذلك في البائن ولا يقع ثلاث وان نوى الزوج لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما
تقدم قوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها قال في النهاية هذا ليس بمختص بذكر النفس في حق افادة
ارادة الطلاق البائن من التخيير فان البينونة كما تقع بذكر النفس في ارادة الطلاق البائن من التخيير فان
البينونة كما تقع عند ذكر النفس في احد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم مقام النفس في احد الكلامين
كالتطليقة والاختيارة وهو واضح قوله حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فهو باطل فلا يصح لانها
الزوج بانها اختارت نفسها اما اذا صدقها طلقت وان كان الكلامان مبهمين قوله ولا تعيين مع الابهام يعني
ان اختاري من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعيين ولا تعيين مع الابهام قوله ولو قال اختاري
نفسك ظاهر قوله وكذا لو قال اختاري اختيارة بيان ما يقوم مقام النفس في التعيين لان الهاء اي التاء
في الاختيارة تنبي عن الاتحاد لكونها للمرة والاتحاد انما يكون في اختيارها نفسها لانه يتحقق بان قال
اختاري نفسك بتطليقة ويتعدد اخرى بان قال لها اختاري نفسك بما شئت او بثلاث فصار مشتركا
من جانبه بخلاف اختيارها الزوج فانه لا يتعدد لكونه عبارة عن ابقا النكاح وهو غير متعدد قوله ولو
قال اختاري فقالت اخترت نفسي ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسرا بذكر الاختيارة كما لو قال الزوج
اختاري فقالت اخترت اختيارة والحكم فيهما سوا لان الاختيارة لما صلحت للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس
وكلاهما بالنسبة اليه سوا فكذلك بالنسبة اليها في ذكر الاختيارة ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي
طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد يعني ان ارادة الاستقبال او يحتمله ان لم ترد فصار كما اذا
قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي فانه لا يقع الطلاق بها ووجه الاستحسان حديث عائشة وهو
ما نقل انه لما نزل قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن

واسرحكن

واسرحكن سراحا جميلا بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة فقال اني مخبرك بامر فلا تحدثيني حتى
تستأمري ابويك ثم اخبرها بالاية فقالت افي هذا استأمر ابوي لا بل اختار الله ورسوله والدار الاخرة
واعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا منها وكان على صيغة المضارع المحتمل للوعد لان هذه الصيغة
حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال والحقيقة يمكن ان تكون مرادة كما في كلمة الشهادة فان الرجل
اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسول الله يعتبر ذلك منه ايمانا لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد
اذا قال اشهد بكذا فلا يصار الى المجاز بخلاف قولها انا اطلق نفسي حكاية عنه من حيث ان الايقاع باللسان دون
القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي
وجود المحكي عنه ولا كذلك اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها لان الاختيار من
عمل القلب ثم يكون الذكر باللسان حكاية عنه امرنا لا محالة واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بان
النحويين اتفقوا على ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم اعرف بالموضوعات واجاب
صاحب النهاية وتابعه غيره بان احد معنيي المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا
دلالة ارادة الحال بها اذ العادة العرفية والشرعية تدلان على ان مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان
يختار كذا وانا املك كذا في العادة وفي الشريعة بما ذكرنا من كلمة الشهادة واداء الشهادة وهذا كما
ترى ليس بدافع السؤال وليس له اتصال بهذا المحل واقول بحث الحقيقة والمجاز ليس وظيفة النحوي بلا
يعتبر بكلام من هو خارج عما هو وظيفته الاصولي ووظيفة البيان واهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل
الينا من كتبهم واهل الاصول نقلوا فيه الخلاف فمنهم من قال مثل ما قال المصنف ومنهم من قال بالعكس
بالاشتراك والاول مختار الفقها والمصنف منهم لان الحال في القول بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار
بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز اولى لان الاشتراك يخل بالفهم على ما عرف قال ولو قال
اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى
او الاخرى طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس وعندهما تطلق
واحدة وانما لا يحتاج الى النية وان كانت من الكنايات لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق
هو الذي يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج الى ذكر النفس لزوال الابهام قال الاولى والوسطى والاخيرة
كل منها اسم لمفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد وكانها قالت اخترت
التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت ما صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة وكانها قالت
بذلك وفي ذلك يقع واحدة فكذا ههنا ولابي حنيفة ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه
كالمجتمع في المكان لان القوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وهذا اخر وانما الترتيب في فعل الاعيان
يقال هذا جا اولا وهذا جا اخرا وكل ما لا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذي هو الترتيب وهو الاولى
واختيها واذا الغي اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الافراد ايضا لان الترتيب فيه اصل بدلالة
الاشتقاق والافراد من ضرورته واذا الغي في حق الاصل لغي في التبع واذا الغي في حقها الغي فيما في ضمنها
بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلاث وفيه نظر من وجهين احدهما انه اطلق الكلام على الاولى
او الوسطى او الاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثاني ان الاولى اسم لفرد سابق فكان الافراد اصلا والترتيب
تابعا لكونه يفهم من وصفه والجواب عن الاول ان اهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة
والمتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز ان يكون مجازا من باب ذكر الكل وارادة الجزء
وعن الثاني بان كلا من ذلك صفة والصفة تدل على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاولى دالا
على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح ان الترتيب باعتبار اصل والافراد فرع لكونه لا ان

الصيغة لا يتوهم الآبا لذات التي لزمتها الفردية في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين
خيرا ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث من قولهم جميعا وهو واضح ولو قالت قد طلقت نفسي او
اخترت بطليقة يعني في جواب من قال اختاري فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يعني قوله
قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة قوله يوجب الانطلاق اي البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من
الالفاظ الصريحة وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعي
فان قيل اذن لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يفيد البينونة اشار
الى الجواب بقوله فكانها اختارت نفسها بعد العدة فكان مطابقا من حيث ان الاختيار قد وجد
منها قال الشارحون قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لان المرأة انما يتصرف بحكم التفويض
بطليقة بائنة لكونه من الكنايات فيملك الابانة لا غيره والاصح من الرواية فهي واحدة ولا يملك الرجعة
لان روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير
لصدر الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب والدليل ايضا يساعد ما ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في
الجامع الصغير لقاضي خان واما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو ان التطليقة لا يتناول الا الواحدة وانما يكون
بائنا لان العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لانه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس واذا
قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه
جعل لها الخيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة قيل فعلى هذا كان قوله هذا في التفويض بمنزلة
قوله طلقي نفسك ودفع لها اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقي نفسك بل يلغو واجيب الجواب ان قولها اخترت
انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه اضعف من الطلاق فان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون
لفظ الاختيار وههنا صح بالعكس لكون الطلاق اقوى وههنا لا يكون اضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر
الى ظاهر كلامه وهو الامر باليد والاختيار دون ما يؤول اليه من المعنى فهما ضعيفان كالاختيار فجاز
ان يقع قولها اخترت جوابا له والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

فصل في الامر باليد

اخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة اذا جعل الرجل امر امرأته بيدها
فالحكم فيه كالحكم بالتخيير في المسائل قال في النهاية الا ان هذا صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك
لامرها فانما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بايقاع
الطلاق وفيه نظر لانه ذكر في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او
اخترت نفسي منك لا يقع شيء وفي الامر باليد كذلك فينبغي ان لا يصح قياسا كما في الاختيار الا اذا ثبت انه
اذا قال امرك بيدي او امرك في يدي يقع الطلاق فيندفع واذا قال لامرأته امرك بيدك ينوي بذلك
الثلاث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار
والى كيفية الدلالة على الثلاث اما الاول فتقريبه بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير
وكانا متساويين في القوة والضعف فجاز ان يقع جوابا له واما كيفية الدلالة على الثلاث فلان الواحدة
صفة الاختيار فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة اي باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو
قوله وهي في الاولى الاختيارة وانما عبر عنها بمرة لان الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها

مفعوليها

مفعوليها وبذلك اي بقولها اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلاث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الي
باختيارة واحدة وحين نوى الزوج الثلاث فقد تحقق التفويض بها ذاك ولو قال يعني في جواب قوله لها امرك بيدك
قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف
وجب اثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليه وفي
الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها ولا يتوهم التكرار في قوله وهي في الاولى الاختيارة مع تقدم
قوله والواحدة صفة الاختيار لانه اعاد لبيان قرينة المحذوف وكانه قال المحذوف في الاولى الاختيارة
لدلالة اخترت عليها وفي الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها الا انها تكون بائنة لان امرك
بيدك من الفاظ الكناية والواقع بها بائن فيما سوى الثلاثة المذكورة فكان التفويض في البائن ضرورة
انه ملكها امرها فقوله في البائن خرات وتقرير التفويض حصل في البائن ضرورة انه ملكها امرها
فان تمليكه اياها يقتضي البينونة لكون الامر باليد من الفاظ الكناية وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة
المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في ايقاع المرأة ليكون كلامها مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق
بين قولها اخترت نفسي بتطليقة جوابا لاختاري وبين قولها ذلك في جواب امرك بيدك حيث جعله المصنف
حيث كان الواقع في الاول رجعيا كما تقدم وفي الثاني بائنا كما ذكره وهل هذا الا دليل على ان ما تقدم كان سهوا
من الكاتب كما ذكره الشارحون ظهر الجواب ان اختار القياس فيه ان لا يقع به الطلاق وان نواه الزوج
الا انا استحسناه لاجماع الصحابة والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع من
صرف الطلاق الوارد في كلامها عن موجبه بخلاف الامر باليد لانه من الفاظ الطلاق قياسا واستحسانا
على ما نقلنا عن صاحب النهاية في اول هذا الفصل وانما تصح نية الثلاث في قوله امرك بيدك دون اختاري
لانه يحتمل العموم والخصوص قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شيء قال الله تعالى والامر يومئذ
لله اراد به جميع الاشياء كلها فاذا كان الامر اسما عاما صلح اسما للكل فاذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله
طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري
لانه لا يحتمل التعميم وقد حققناه من قبل يعني في فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع والله اعلم
قال ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل
~~فيها وقت من جنسهما يعني انه لم يتناوله الامر فلو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق وان~~
ردت الامر في اليوم بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما يعني البعد
غد بينهما وقت من جنسهما يعني الغد لم يتناوله الامر فيهما فلو اختارت نفسها في الغد لا تطلق فكانا امرين
فرد احدهما لا يرتد الاخر وهذا دليل كون الامر بيدها بعد غد بعد رده في اليوم اذ ذكر اليوم بعبارة
الفرد لا يتناول الليل ودليل قوله لم يدخل فيه الليل وهذا كما ترى ان زاد فلم يسر وان كان ظاهرا
وقال زفر هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد لكون احدهما معطوفا على الاخر
من غير تكرار لفظ الامر وقلنا الفرق بينهما ظاهر وهو ان الطلاق لا يحتمل التاقيت فكانت طالق
اليوم وبعد غد عنده واما الامر باليد فانه يحتمله وقد ذكر وقتين غير متصل احدهما بالاخر لتخلل وقت
بينهما غير مذكور بنفيه فكان الاول وجعل الثاني امرا مبتدأ كانه قال وامرك بيدك بعد غد ولو قال امرك
بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وكلامه ظاهر **قوله** لانها لا تملك رد الايقاع معناه ليس للمرأة ان
ترد الامر باليد الذي صدر من زوجها بان تقول لا اقبل كما انه ليس لها ان ترد الايقاع الذي اوقعه
عليها بقوله انت طالق وان كان كذلك كان الامر مقيما في الغد كما كان لها ان تختار نفسها في الغد **قوله**
وجه الظاهر ظاهر وكذا قوله وعن ابي يوسف انه اذا قال امرك بيدك اليوم قال شمس الائمة هذه هي الرواية

الصحيحة وجعل قاضي خان هذه الرواية اصل الرواية ولم يذكر خلاف احد قوله وان قال لامرأته امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لما قدمناه في آخر فصل اضافة الطلاق واليه اشار بقوله وقد حققناه من قبل قوله ثم وقت يبادي بالنهار ثم ينقضي بالعصر واذا جعل امرها بيدها او خيرها مكثت يوما لم تقم فالامر بيدها ما لم تاخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة تتصرف برأي نفسها في ماله والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه يعني في فصل الاختيار من قوله ان التمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع ... نظر لانه قال زفر اذا قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر ... لا يبطل في يومين وان قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتعيين اليومين فائدة لان المرأة اذا لم تقم من مجلسها وما اذا لم يخرج الامر من يدها وهذا يقتضي ان تقتصر على المجلس فبينهما تناف ثم ان كانت تسمع تعتبر مجلسها ذلك الذي سمعت فيه وان كانت لا تسمع فمجلس علمها كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وهكذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك والامر باليد يشتمل على معنييهما على ما ذكرتم فكيف يكون محتملا له واجيب بان التمليك الذي هو معتبر فيه من باب تمليك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا صح التوقيت بقي الامر صار الامر بيدها في المدة التي وقتها فلو بطل الامر بقيامها عن المجلس لم يكن للتاقيت فائدة وهذا اخرج الجواب عن النقض المتقدم ايضا واما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت فاذا كان الامر باليد متطلبا عن التوقيت اعتبر بجانب التمليك فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين واعتبر بمعنى التعليق فقلنا بتعدي الجواب الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان ولا تعتبر مجلسه حتى لو قال وهي جالسة فالخيار باق لان التعليق لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع والنهي من طرفين من جانب بخلاف البيع حيث يعتبر مجلسهما جميعا فانهما لو قاما عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق فلهذا لو رجع احدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول يعني الى مجلس آخر ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بينا في الخيار يعني قوله اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة الى آخره قوله ويخرج الامر من يدها ظاهر قوله وليس التقدير به اي باليوم لانه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق فالمراد بقوله في الجامع الصغير قوله ولو كانت قائمة فجلست ظاهر قوله والاول اي رواية الجامع الصغير اصح لانه ... قد يستند للتفكر لما ان القعود سبب للراحة كالتحول قوله ففيه روايتان عن ابي يوسف في رواية الحسن عنه لا يبطل وفي رواية الحسن بن ابي مالك عنه يبطل وهو قول زفر ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرنا قيل خص ابا يوسف بالذكر وان احتمل ان يكون قول صاحبيه كذلك لانهما نقلا عنه قوله ولو قالت ادع ابي استشيره ظاهر قوله والسفينة بمنزلة البيت يعني انها اذا سارت لم يبطل خيارها وهو ظاهر المذهب

فصل في المشيئة

قد تقدم وجه تقديم الاختيار على الامر باليد والمشيئة دون ... فيسقط ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها ... مستجملة او متفرقة قوله لان قوله طلقي ظاهر لكن ترجم الفصل بذكر المشيئة ولكن الابتداء فيه بما ذكر المشيئة اولا وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب ان الابانة من الفاظ الطلاق لانها وضعت لقطع

وصلة النكاح الا ترى انه لو قال لها ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت والفاظ الطلاق قد توافق بما فوض اليها لكونها تطليقا فكانت الابانة موافقة للتفويض في الاصل واذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الاصل كان صحيحا من حيث الاصل الا انها زادت فيه اي في الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان الرجعية انما تفيد الابانة بعد انقضاء العدة فاما ان تبطل الاصل لاجل ما زيد فيه من الوصف او يلغو الوصف لرعاية الاصل والغاء الوصف لتصحيح الاصل اولى فيصار اليه كما لو قالت في جواب طلقي نفسك طلقت نفسي تطليقة بائنة قوله وينبغي ان تقع تطليقة رجعية انما قال الحاكم الشهيد تفسيرا لكلام محمد فانه قال طلقت ولم يتعرض للحكم وارى انه مستغنى عنه لان كونه رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل قوله بخلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق وهو واضح وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها حيث كان المفوض الطلاق وما اتت به الابانة وهما متغايران لا صالة وفي هذه الرواية ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن ابي يوسف انما تطلق طلاقا بائنا لان الزوج ملكها ايقاع الطلاق مطلقا وهو يحتمل ايقاع البائن والرجعي كذا ... وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب والفقه هو الاول اعني ظاهر الرواية وان قال طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فانت طالق جاز ان يكون معنى طلقي ضرتك ان اردت طلاقها فهي طالق والثانية ما وجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن الاول ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما وجوده متردد ووجود طلاق المرأة اذا فوض اليها امر كائن لا محالة طبعا وعادة فلا يصلح شرطا واجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها لتخلصها عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة لغيرها ... طلاق نفسها ولان الصورتين اما ان يكونا من باب المشيئة اولا والمال لا يحتمل التمليك ويحتمل التوكيل والحكم الباطل ان قال طلقي نفسك متى شئت ... في هذه الصورة موجود اولا فان كان الثاني لا يقتصر على ... كذلك وان كان الاول يقتصر على المجلس لكونه من لوازم التمليك والجواب انه لا يقتصر على المجلس ومن احكام التمليك والحكم قد يتأخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الاصول قوله واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده ومناطه مما ذكرناه في التمليك والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدم التصريح لانه يتصرف عن مشيئة لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وفعله اختياري واذا استويا كان الثاني توكيلا كالاول وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بعه ان شئت فان ذكر المشيئة لا يخرج الوكيل الى التمليك ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته لا يقال قد تبين ايضا ان الوكيل ايضا يتصرف بمشيئته لانا نقول المشيئة نوعان مشيئة يفتقر اليها الحركة الارادية ... في كل متحرك بها ومشيئة اخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه والاولى ثابتة في التوكيل ... قوله طلقها ... للوكيل والثانية انما تكون في المالك وقد فوضها اليه بقوله ان شئت فكان تمليكا هذا ما اقتضى تلخيصه من كلام المشايخ ولقائل ان يقول كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى في هذه الصورة واقول اذا بني الكلام على ما قدمت ان التمليك اقدار شرعي على محل التصرف والتوكيل اقدار شرعي على نفس التصرف لا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض والنظر الاول في طلاق الضرة على ما قررتم اولا والوكيل في الطلاق كالرسول حيث لا يتصور ان يكون الشخص رسولا الى نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكا والثاني ... قوله لانه اجنبي طلاق امرأته فيحمل على الرسالة فانه لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تمليكا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرة

فيما لو ظلمه مخلص وقوله والطلاق يحتمل التعليق جواب عن قياس في صورة النزاع على البيع فان قيل
هذا توكيل البيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق اجيب بانه اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع قوله
وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا هذا البيان لمخالفة المرأة زوجها في ايقاع ما فوض اليها والمسألة الاولى ظاهرة
واما الثانية فوجه قولهما فيها واضح كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقتها وضرتها كما تقدم فيما اذا قال لها طلقي
نفسك فقالت ابنت نفسي فانه يقع عليها طلقة رجعية ولم تعتبر ما زادت من صفة البينونة فكذلك ههنا
للمطابقة في اصل الطلاق فيكون بقولها طلقت نفسي منك ممتثلة ويلغو قولها ثلاثا ولابي حنيفة انها اتت بغير
ما فوض اليها ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها يتوقف على اجازته
وكلامه فيه ظاهر فان قيل قد ثبت من مذهبنا ان الواحد من العشرة ليس عينها وليس غيرها فكذلك
الواحد من الثلاثة يكون لا عينها ولا غيرها فلم رجح المغايرة فيهما اجيب بان ذلك في العشرة الموجودة
او المقصورة واما الثلاث ههنا فمعدوم والواحد الموجود غير الثلاث المعدومة فان قيل سلمنا المغايرة
لكن اذا قال لها امرك بيدك ونوى الواحدة وطلقت نفسها ثلاثا وقعت واحدة وقد اتت بغير ما فوض اليها
لان الثلاث غير الواحدة على ما ذكر اجيب بان التفويض هنا لم يتعرض لشيء فيحتمل ان يكون عاما فاذا
نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف الظاهر فلما اوقعت ثلاثا لغت وانفقت فيما هو اصل التفويض
وهو لا يكون اقل من الواحدة فيقع الواحدة وقوله وان امرها بطلاق يملك الرجعة ظاهر وكذا قوله وان قال لها
طلقي نفسك ثلاثا ان شئت لان معنى قوله ان شئت الثلاث لاتحاد الشرط لا بجملة من جزاء قالوا ان يكون المتقدم
عليه او بتقدير مثله متأخرا على ما لا التقدير بن يتعلق بمشيئة الواحدة وكذا عكسه عند ابي حنيفة لان
الشرط مشيئة الثلاث ومشيئة الثلاث ليست مشيئة الواحدة كما ان ايقاع الثلاث ليس بايقاع الواحدة
فيما اذا قال طلقت نفسي ثلاثا وقوله قولها ظاهر ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال
شئت ينوي الطلاق بطل الامر وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين احدهما انه كان ينبغي ان يقع بقوله شئت
لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني انه اذا قال شئت طلاقك اي اللفظ الصريح للطلاق ينبغي ان لا يحتاج
الى النية واجيب عن الاول بان كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق فالمشيئة فيه ذكر المشيئة فكان
شائيا مشيئتها لا الطلاق لان كلامها مبني على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق لان كلامها لغو لاشتغالها
بما لا يعنيها فيلغو لما ينبني عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده ملكا وقد يقصد وجوده
وقوعا فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا وقوله اذ المشيئة تنبئ عن الوجود فالارادة المشيئة في الاصل
مأخوذة من الشيء وهو اسم للموجود فكان قوله شئت بمنزلة اوجدت وايجاد الطلاق ايقاعه بخلاف الارادة
فانها في اللغة عبارة عن الطلب قال صلى الله عليه وسلم الحمى رائد الموت اي طالبه فان قيل ذهب علماؤنا
في اصول الدين الى ان الارادة والمشيئة واحد فما هذه التفرقة فالجواب انه يجوز ان يكون بينهما تفرقة
بالنسبة الى العباد وتسويه بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله كان لا محالة وكذا ما اراد بخلاف
العباد وقوله وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي ظاهر وقوله لان التعليق بامر كائن تنجيز فان قيل لو كان كذلك
لكفر من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله وليس كذلك واجيب بان بطلان التالي ممنوع ولعله
التكلم بمثل هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله اذا حصل التعليق بما يتعلق مستقبل وكذا اذا اتصل
بفعل الماضي كما مر عن تكفير المسلم وقوله ولو قال لها انت طالق اذا شئت الخ واضح وقوله فلا يخرج بالمكث
يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها من حيث يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله ولو قال
انت طالق كلما شئت ظاهر وقوله فلا تملك الايقاع جملة وجمعا قيل معناهما واحد وقيل الجملة هو ان تقول طلقت نفسي
ثلاثا والجمع ان تقول طلقت واحدة وواحدة وهذا هو الظاهر وقوله انت طالق حيث شئت ظاهر فان قيل لم ذكر

المكان

المكان بقوله انت طالق حيث شئت فينبغي ان يقع الطلاق في الحال كما لو قال انت طالق ان دخلت الدار فانه يقع الطلاق
الساعة اجيب بان حيث وأين يفيدان ضربا من التأخير فيشاركان في تحقق معنى التأخير فجعلا مجازا عن
حرف الشرط فان قيل اذا جعلا مجازا على حرف الشرط ينبغي ان لا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن
المجلس اذا جعلا مجازا عن حرف ان واما ان جعلا مجازا عن كلمة اذا ومتى فلا يبطل بالقيام عنه فلم يجعل مجازا
عن اذا ومتى اجيب بان جعلهما مجازا عن ان اولى لانها لمحض الشرط وكانت اصلية في الباب والاعتبار بالاصل
اولى من غيره بخلاف الزمان لان الطلاق تعلقا به لوقوعه في زمان دون زمان واما اذا كان ما اوقعه في مكان
كان واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتباره اي اعتبار الزمان بخصوصه كما لو قال انت طالق غدا وعموما كما
لو قال انت طالق في اي وقت شئت قال وان قال لها انت طالق كيف شئت اختلف علماؤنا فيما اذا قال انت طالق
كيف شئت هل يتعلق اصل الطلاق بمشيئتها او لا فقال ابو حنيفة لا يتعلق بل يقع تطليقة واحدة ولا مشيئة
لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشيئة اليها في المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو
من ان ينوي الزوج شيئا او لم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب
التخيير وان كان الاول فان اتفقت فذاك وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلاثا او بالعكس وقعت
واحدة رجعية وقالا لا يقع شيء لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء فان شاءت اوقعت ما شاءت من الرجعي
والبائن والثلاث لانه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال فلا بد
من تعليق الاصل بمشيئتها ليثبت لها المشيئة في جميع الاحوال كما لو قال انت طالق ان شئت او حيث شئت
او ان شئت ولابي حنيفة ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف اصبحت اي على اي وصف
من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله
والا لكان كيف للطلب وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر وههنا سؤال مشهور وهو ان المعقول
ان لا يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب ان يستقل بايقاع ما فوض اليها اعتبارا
بسائر التفويضات وجوابه ان المفوض الى حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف يعني العدد والبينونة
فيحتاج الى النية لتعيين احدهما وقد روي عن الطحاوي ان للمرأة ان تجعل الطلاق بائنا او ثلاثا في قول
ابي حنيفة قال صاحب النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وقد راجعت الكتب لاجد جوابا عن هذا الاشكال
فما وقع شيء جوابه في كتب المعول عليها ما ذكره الطحاوي ولقائل ان يقول لا مناسبة لهذا التفويض بعامة
التفويضات الا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق وهو ان المفوض هنا متنوع دون
تلك في وجوب التعويل نظر وتحقيقه ان المناسب الى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة انما حصل بكلمة
كيف لان قوله انت طالق ليس فيه شيء منه وهي لا تعلق لها بالاصل اصلا فيكون منجزا اصله الطلاق
ومفوضا بوصفه المتنوع وتفويض وصف الشيء قبل وجود الاصل ممتنع الا في غير المدخول بها
لا اثر للمشيئة الوصف لتعذر وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة لجعلها في الموطوءة المحل
باق بعد وجود الاصل فلها المشيئة بعد وقوعه وقوله وعلى هذا الخلاف العتاق يعني اذا قال لعبده
انت حر كيف شئت عتق عند ابي حنيفة ولا حال العتق تفويض اليه وعندهما لا يعتق حتى يشاء وانما قال في
الكتاب قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله لان ما اورده في هذا الفصل من مسائل الجامع
الصغير ليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول ابي حنيفة لا غير فذكره ليبين ان ما ذكر في
الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت
نفسها ما شاءت ذكر في اصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلاثا ما لم تقم
من مجلسها فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلاثا ومشيئة العدد لا مشيئة الاباحة يعني ان العدد

على ذلك لقوله تعالى فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر على انه روى عن الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان ذلك مباح لها في التخيير **ووجه** الاختصاص اضطرارها فان التفريق يخرج الامر من يدها **قوله** لانها تعني كم وما يستعمل في العدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت **فان قيل** هلا قلتم كم يستعمل وكما في ما فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى ما دمت حيا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد بالشك **اجيب** بانه نبا العدد يترجح باصل آخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التمليك لانه تفويض الى المرأة امر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون اذا كانت محمولة على معنى العدد بمعنى الوقت وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فيعارضه جهتا الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى التعليق والتمليك يقتصر على المجلس وان وردت الامر كما تريد الا انه عداد كما ان هذا امر واحد اذ ليس فيه ما يدل على التكرار فيقال فيه اخبار عن كل وكل امر واحد يقتضي جوابا واحدا لان الجواب مطابق للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي ان يكون في الحال اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مرادا كما قيل وهو احتراز عن اذا ومتى والخطاب في الحال يقتضي الجواب في الحال كما قلنا فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار **قوله** فان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلاث عند ابي حنيفة وقالا لها ان تطلق ثلاثا لان كلمة ما عامة في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز يعني البيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد يكون للتبعيض وقد يكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي ما شئت ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك لانهما بالنسبة الى الواحدة عام وبالنسبة الى الثلاث بعض فان قيل فعلى هذا لا يتناول الواحد لانه ليس بعام اجيب بانه يتناوله دلالة واذا كان العمل بهما ممكنا لم يهمل احدهما وفي المستشهد به ترك التبعيض بدليل خارجي وهو اظهار السماحة او لعموم الصفة وهو المشية كما في النكرة اذا اتصفت بصفة عامة نعم كما عرف وههنا كذلك حتى لو قال من شئت كان على الخلاف فقيل لو لها ان طلقت نفسها ثلاثا لا يقع شيء عند ابي حنيفة لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع شيء فكذا التي فوض اليها ثنتان اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع كما مر والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الايمان في الطلاق

لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ذكر الطلاق والشرط والمركب متاخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بامر يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزاء وسمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة ما يحمل التعليق في الشرط كالطلاق والعتاق والظهار الى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او على العموم كل امرأة اتزوجها فهي طالق وهو قول عمر روي ذلك عنه في الظهار وقال الشافعي لا يصح وهو قول ابن عباس واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه خطب امرأة فابى اولياؤها ان تزوجوها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه فقال لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط اذ العلة لم تنعقد بعلة في الحال عندنا كما عرف في الاصول والملك متيقن به عنده اي عند

وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط وانتفاء المانع لوجود الشرط والجزاء وقيام الملك في الحال شرط لصحته والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه فلا يحتاج الى اشتراطه في الحال بخلاف صورة النقض فانه لم يشترط فيها ذلك لعريها عن الملك ظاهرا لان الظاهر عدم ما يحدث فضلا عن التيقن به وهذا جواب بالفرق والمصنف قائل به **قوله** قبل ذلك اي وقبل وجود الشرط اثره المنع وهو قائم بالمتصرف لانه يمين وحله ذمة الحالف فلا يكون شرطا في ذلك الوقت ومجال الكلام في هذه المسئلة واسع وقد ذكرناه في الانوار والتقرير **قوله** والحديث يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التنجيز هو الطلاق حقيقة لان المعلق ليس بطلاق وتحقيقه انهم سالوه صلى الله عليه وسلم عن كونه ذلك طلاقا فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان الطلاق بالنكاح جائز ام ليس بجائز وليس في الحديث ما يدل على التنجيز مما نور من السلف كالشعبي والزهري وغيرهما مكحول وسالم بن عبد الله واذا اضافه الى الشرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات لم يكن وليس الكلام فيه **قوله** صح يمينا يعني عندنا على ما مر اما تعليقا يعني عند الشافعي فان يكون كونه طلاقا يتعلق لا التطليق فكان الغاء في الحال ولكن لم يثبت حكم فيه ولا يقع اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا للمحلوف عليه او يضيفه الى الملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا اي غالب الوجود والظهور باحد هذين الامرين اما ان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا فليكون مخيفا لوقوعه فيحقق معنى اليمين وهو القوة فان الحامل على الحمل والمنع اللذين عقد اليمين لاجلهما خوف نزول الجزاء والخوف انما يكون اذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط واما ان ظهوره باحد هذين الامرين فلانه اذا انعدما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين اعني الحمل والمنع والاضافة الى سبب الملك كقوله ان اشتريتك كانت بمنزلة الاضافة الى الملك كقوله ان اشتريتك كانت حرة بمنزلة الاضافة الى الملك كقوله ان ملكتك فانت حر لانه اي الجزاء ظاهر عند سببه يعني سبب الملك **قوله** فان قال الاجنبية تفريع على ما مهد من الاصل وهو ظاهر واعترض بانه لم لا يجوز ان يقدر تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق صيانة عن الالغاء واجيب بان فعل اليمين ما يدم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي الى مذمته كذا قال العلامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق الشرعي من حقيقة ولئن كان فمحتمع فيما يكون محمودا شرعا كما اذا قال ان اشتريتك ودخلت الدار فانت حر فان لصاحب النهج عناية لوقوع الحرية والصواب ان يقال للعقد لما انه يكون محذوفا او مقتضى وليس بمحذوف لان المذكور ليس بمتوقف عليه لغة ولا مقتضى لان من شرطه ان يكون المقدار لحطر به من المذكور وان لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان اما الاول فظاهر لان التزوج اعلى درجة من دخول الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول فكان شرطا بعضه وموضعه اصول الفقه **قوله** والفاظ الشرط عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لانه ليس كلها حروفا ولم يورد احد حرفي الشرطين وصفا وهو لو قال في النهاية لان كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى في مواضع الجزم لزم دخول الفاء فيما يترتب عليه لا يدخل فيه الا بمحل له في علم الفقه والصواب ان يقال قد تقدم ان التعليق يمين ينعقد للحمل والمنع وذلك انما يكون في المستقبل وموضوعه لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فلا يكون له مدخل في ذلك **قوله** لان الشرط مشتق من العلامة قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب ان الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة يكون المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير وهو ان يكون بين اللفظين تناسب في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيقدر ذلك ليستقيم **قوله** نعت الالفاظ مما يليها افعال يعني كلمة كل فانه يذكر فيما يليها الاسم

وبكلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريق معرفتها وانما طريق ذلك السماع وهذه
الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال [illegible] ودليله
ههنا لا يفيد مطلوبه اذ هذه الفاظ الشرط ودليله لان الشرط مشتق من العلامة وهو مشكل لان مواد
تكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين وهو ظاهر وكلامه واضح قوله وفي
كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الاية ومن ضرورة التعميم التكرار وفيه
نظر من وجهين احدهما انه اعد كلمة كل من الفاظ الشرط وعند وجود الشرط تنحل اليمين فان من قال كل
امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلقت ولو تزوج اخرى طلقت كذلك فكان من الواجب ان يقول
في الاستثناء الا في كل وكلما والثاني انه قال ومن ضرورة التعميم في كلمة كل موجود كما ذكرنا انفا ولا
تكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم يقع والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي
باعتبار دلالتها من الافعال لان الخطر انما يحصل باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ولهذا
لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار عموم الاسماء لم ينشأ من منشأ الشرط فلا يكون مما نحن
وعن الثاني ان المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم في الافعال
انما يكون بتجدد الافعال وهو المراد بالتكرار فاما اذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق حتى ينتهي الى
الثلاث فان تزوجها بعد زوج اخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان الجزاء طلقات هذا التمليك ولم يبق شيء
منها وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فاذا انتفى الجزاء انتفى الكل وفيه خلاف زفر وسيجيء لو دخلت في
على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق حنث بكل مرة وان كان بعد زوج اخر كما ذكر
ان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وهو غير محصور قال وزوال الملك
بعد اليمين لا يبطلها اذا قال لها انت طالق ان دخلت الدار ثم ابانها لم يبطل اليمين لما مر ان بقاء
اليمين بالشرط والجزاء والفرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزاء ايضا باق لبقاء محله وهي المرأة
فيبقى اليمين كما كانت في محله وهي ذمة الحالف فان قيل سلمنا ان محل الجزاء باق ولكن الشرط وقوعه
الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس في الوقوع وانما هو في بقائه يمينا واليمين لا تحتاج الى الملك
ابتداء بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق ففي البقاء اولى اذ البقاء اسهل من الابتداء ثم بعد ذلك
لا يخلو اما ان يوجد الشرط في الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط او في غيره كما اذا وجد قبل
التزوج فان كان الاول وقع الطلاق وانحلت اليمين اما وقوع الطلاق فلان الشرط وجد في
الملك فنزل الجزاء المتعلق به واما انحلال اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة
انتهت اليمين وان كان الثاني انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا
في وجود الشرط فالقول قول الزوج على ما ذكر في الكتاب وهو واضح قوله ولم يطلق فلانه ليس
على ظاهره بل معناه اذا كذبها الزوج في قولها واما اذا صدقها فانه يقع قوله كما قيل في العدة والغشيان
اما قولها في العدة فبان يقول لها قد انقضت او لم تنقض واما في الغشيان فيحتمل معنيين احدهما ان يقول
المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي الزوج الثاني والثاني ان يقبل
قولها في حق حل الجماع وحرمته بقولها انا طاهر او حائض قوله لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي
متهمة فلا يقبل قولها في حقها وفيه بحث وهو ان الاخبار من الحيض وعدمه والمال شمول طلاقها او
بشمول عدمه لانها اذا كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع
طلاق واحدة منهما فاما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشيء موجودا معدوما
في حالة واحدة وهو محال واجيب بان الشرع اثبت لقولها حضت في هذه الصورة وصفين متغايرين بالامانة

والشهادة

لان مطلوبه

التكرار والتعميم

اقول اي بالذات او بواسطة اسم
سعد افندي

والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اقتضائهما وليس ذلك ببدع في الشرع فانه رتب على النكاح وهو
امر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي احدهما الوجود والاخر العدم
بخلاف ما نحن فيه والجواب ان اقتضاء الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه
لانه امر خفي لا يطلع عليه وانما الكلام في الامر الدال عليه وهو قولها حضت وليس ثمة اختلاف في
مقتضى وجوده وعدمه قوله وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله بنار جهنم ظاهر قوله لما
بينا اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها قوله ولا يتيقن بكذبها جواب عما يقال
اخبارها عن محبتها تعذيب الله مقطوع بكذبه فوجب ان لا يقبل قولها اصلا ووجهه انه لا يتيقن
بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به قوله في حقها
ان تعلق الحكم باخبارها ظاهر قوله اذا قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق الفرق بينه وبين ما قبله
ظاهر ومن الفرق انه لو قال اذا حضت فانت طالق وهذا العبد حر كان حرا من حين رأت الدم حتى كان
الاكتساب له وكان الطلاق بدعيا قوله واذا قال اذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لا يقع
الا بعدما طهرت قوله بحديث الاستبراء يريد به ما قال صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى
حتى تستبرئن بحيضة اراد به كمال الحيض وهو انما يكون بانتهائه بانقطاع الدم اذا كان ايامها عشرة
ايام او بالانقطاع والغسل او ما يقوم مقامه اذا كانت ايامها دون العشرة قوله واذا قال انت طالق اذا
صمت يوما ظاهر واذا قال اذا صمت صوما فكذلك بخلاف ما اذا قال اذا صمت فانها اذا صامت ساعة
مقرونة وقع الطلاق لما ذكر في الكتاب قال ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة
هذه المسألة لا تخلو عن وجهين اما ان علم ان الغلام ولدته اولا طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا
يقع شيء غيرها وان علم ان الجارية ولدت اولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول للزوج لانكاره الزيادة
وان لم يدر ايهما اول لزمه في القضاء واحدة لانها ثابتة بيقين وفي الثانية شك وفي التنزه وهو التباعد
عن الشبهة ثنتان حتى لو كان طلقها قبل هذا واحدة لا يطأها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة ثلاثا
تحل له وطأ خير من ان يطأ امرأة محرمة عليه قوله والعدة منقضية بيقين لما بينا يريد قوله لانها لو
ولدت الغلام اولا الخ وحاصله ان العدة تنقضي للحامل بوضع الحمل قوله انه كلمتا باعتبار ذكره في الكتاب
واضح سوى الفاظ نذكرها قوله في حق الطلاق كشيء واحد يعني من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان
بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا ووقع بدون الملك فكذا هذا ولنا ان صحة الكلام اي صحة هذا
الكلام الذي سمي اليمين باهلية المتكلم هي قائمة به فيكون صحته قائمة به بان يكون محله ذمته ولا يحتاج
الى الملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك اذا كان موجودا
وقت التعليق فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون
مخيفا حاملا او مانعا وحالة تمام الشرط لنزول الجزاء لكونه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك مستغنى
عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين يقوم بمحله وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها قبل
انقضاء عدتها ثم تزوجها فاتت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم يبطل اليمين بزوال الملك فصار كما
اذا انتقص في خلال الحول فانه لا يضر قوله وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا مسألة الهدم وهي
معروفة وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكر في الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج اخر وعادت الى الزوج الاول ثم
دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق واما عند محمد فلعدم الهدم واما عندهما فان وجد الهدم فالجزاء
في الدار يقع الثلاث لان الثلاث متعلقة بدخول الدار وانما تظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار
ثم طلقها طلقتين وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار يثبت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم

وعندهما لا يثبت لتحققه ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال لها انت طالق ثنتين فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلاث لان الجزاء مطلق لاطلاق اللفظ اذ لم يتقيد بطلقات هذا الملك دون ملك فلا يتقيد قوله وقد بقي احتمال وقوعها اي نكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج آخر فتبقى اليمين فاذا وجد الشرط يقع الجزاء ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك بدلالة الحال كما قلنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط او حاملا عليه هو الجزاء لان اليمين للمنع والحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك واذا كان الجزاء كذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فات اليمين كما تقدم وان بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء والكل ينتفي بانتفاء جزئه واعترض بان انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح ان يقال ان حضت فانت طالق لانه لم يتصور فيه المنع ولا الحمل لكون الحيض غير مقدور لها واجيب بان الاعتبار للغالب الشائع دون النادر وفيه نظر لان السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادرا بل هو آت في الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها والصواب ان يقال الشرط في مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور وقوله بخلاف ما اذا ابانها يتعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلاث اي فات الجزاء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية بخلاف ما اذا ابانها بطلقة او طلقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلقات عند ابي حنيفة وابي يوسف وهي مسئلة الهدم طولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع انه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها وبين مسئلة الظهار فان هذه المرأة لو كان قال لها ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر كان مظاهرا منها ان دخلت الدار واجيب عن الاول بان العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع بقيت تلك الصفة حتى لو فات بالعتق لم يبق اليمين وعن الثاني بان محلية الظهار لا تنعدم بالتطليقات الثلاث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثاني الا ان دخلها الدار بعد الطلقات الثلاث انما صار مظاهرا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج بها فاذا دخلت الدار حينئذ يثبت الظهار قوله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا ظاهر وقوله في الفصل الاول يعني اذا لم يخرجه وقوله لوجود الجماع بالدوام عليه معناه انه جعل الدوام على الثلاث بعد الدخول بمنزلة الدخول الا انه لا عقر وقوله ولا دوام للادخال معناه ان للدوام حكم الابتداء فيما له دوام والجماع هو الادخال ولا دوام له وقوله وجب العقر قال في ديوان الادب العقر مهر المرأة اذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه فسر الامام العتابي العقر في شرح الجامع الصغير وقوله لوجود المساس اشارة الى ان هنا له حكم الابتداء لا يكون له دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوطء عند ابي يوسف واما دوام المساس فهو موجود بالاجماع وعلى هذا قيل ينبغي ان يصير مراجعا في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة

فصل في الاستثناء

الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثنيا ولكنه بمنزلة التعليق في تأخيره كونه بيانا للتغيير ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام اقوى من الاستثناء ولما كان ان شاء الله تعالى تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق في اول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث ان كل واحد منهما يمنع اول الكلام او باعتبار ان ان شاء الله تعالى يسمى ذلك استثناء قال واختلفوا في ان قوله ان شاء الله تعالى بعد ذكر الجملة للابطال او للتعليق فذهب ابو يوسف الى الاول ومحمد الى الثاني والى هذا اشار المصنف في باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق وسنذكر ثمرة هذا الاختلاف ههنا اذا قال انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط اي يخرج بالشرط صريحا دون حقيقته لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله ليست كذلك لثبوتها قطعا او انتفائها كذلك وما هو كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يخرج من حيث الصورة والتعليق اعدام اي اعدام العلية قبل وجود الشرط وهنا غير معلوم لنا اصلا فيكون اعداما من الاصل فكان ابطالا للكلام ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال فلو سكت يثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول قوله فيكون الاستثناء يعني على قول محمد او ذكر الشرط يعني على قول ابي يوسف وقوله وكذا اذا ماتت معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني اذا ماتت بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله لا يقع الطلاق لان الكلام خرج بالاستثناء من ان يكون ايجابا واذا بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب وجد في حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم المحل واذا بطل الاستثناء صح الايجاب فيقع الطلاق اجاب بقوله والموت مناف للموجب دون المبطل يعني ان الايجاب لو اتصل بالموت بان يموت قبل تمام قوله انت طالق بطل واما المبطل وهو الاستثناء او الشرط فلا يبطل لان مبطل الشيء لا ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه فيرتفع بخلاف ما اذا مات الزوج بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثناء يعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك اني اطلق امرأتي واستثني وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة وفي ذكر المثالين اشارة الى ان استثناء القليل والكثير سواء خلافا للفراء فانه لا يجوز الا الاكثر وادعى انه لم يتكلم به العرب والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء هو الصحيح احترز به عن قول من يقول انه اخراج بطريق المعارضة وموضعه اصول الفقه واذا كان كذلك لا فرق بين ان يقال لفلان علي درهم وان يقال عشرة الا تسعة استثناء البعض قليلا كان او كثيرا او اكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل مثل ان يقول عشرة الا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثناء شيء ليصير متكلما به وصار لغوا اللفظ اليه فيبقى كلامه الاول كما كان ويقع الثلاث وقد نقل بعض اصحابنا ان الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فبطل الاستثناء والشرك الا انه ابطل استثناء الكل في الوصية مع ان الوصية يحتمل الرجوع وذكر المصنف في زياداته ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى فانه لو قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء بل تطلقن كلهن ولو قال نسائي طوالق الا فلانة وفلانة وفلانة زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وان كان هو استثناء الكل من الكل وهذا لان الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما صح فيه اللفظ فلما استثنى الجزء عن الكل صح لفظا فكذا فيما بقي اذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله انت طالق عشرة الا ثمانيا لانه لا مزيد على الثلاث شرعا وهو صحيح بلا خلاف وقوله واعلم انه يصح اذا كان موصولا به ظاهر والله اعلم بالصواب واليه المآب

باب طلاق المريض

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح منجزا ومعلقا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا كلا وجزءا شرع في بيان

طلاق المريض متعرضاً لبعضها ذكراً اذ المرض من العوارض السماوية فاخر بيانه عن بيان حكم من به الاصل
وهو الصحة واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وهذا يسمى طلاق الفار والاصل فيه ان من ابان
امرأته في مرض موته بغير رضاها وهي ممن ترثه ثم مات عنها وهي في العدة ورثته خلافاً للشافعي وقيد
بالابانة لان الطلاق اذا كان رجعياً كان يورث منه باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار
الفرار وقيد بمرض موته لانه اذا طلقها باينا في مرض فصح منه ثم مات لا ترث وبغير رضاها لانه اذا كان
برضاها لا ترثه وبقوله ممن ترثه ان كانت كتابية او امة لا ترث وبالموت في العدة لانها ان ماتت بعد انقضائها
لم ترث خلافاً لمالك وحكم الفرار كما يثبت من جانبه يثبت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهي
مريضة فانه يرثها قال الشافعي لا يرث في الوجهين يعني قبل انقضاء العدة وبعدها لان سبب ارثها منه
والزوجية قد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها
منه في مرض موته وهو ظاهر والزوج قصد ابطال هذا السبب بالطلاق وهو ايضاً ظاهر فيرد عليه
قصده بتأخير عمله اي عمل الطلاق الى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها فان قيل ان كان سبب
تأخير العمل دفع الضرر عنها وجب ان تشترك في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعده
اجاب بقوله وقد امكن يعني انما يصح تاخيره اذا امكن تاخير عمل الطلاق فيكون السبب وهو النكاح
قائماً وقد امكن ذلك الى زمان انقضاء العدة لان النكاح في العدة باق في حق بعض الآثار من حرمة
التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت وحرمة نكاح رابعة سواها فجاز ان
يبقى في حق ارثها منه دفعاً للضرر عنها بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لان التأخير فيه غير
ممكن لعدم بقاء النكاح اصلاً وقوله والزوجية في هذه الحالة جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت
معناه ان الزوج اذا كان مريضاً لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها اذا ماتت
لانه لم يتعلق حقه بمالها ولانه رضي بحرمانه عنه لانه اقدم على الطلاق وانها لانه لم يكن النكاح
قائماً بوجه من الوجوه وقوله فيبطل في حقه قال في النهاية بالنصب لانه جواب النفي وقال بعضهم
بالرفع لا غير ولكنهما بخلاف قوله لا غير لانه لا وجه له وقوله وان طلقها بامرها ظاهر قيل سؤالها
الطلاق لا يربو على قولها اسقطت ميراثي من فلان وثم لا يسقط اجيب بان الميراث لا يحتمل السقوط مقصوداً
ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض فاذا المرض برضاها جعلنا فعلها قائماً في حقها حكماً واذا رضيت
حكماً بارتفاعه سقط الارث ضمناً لانه كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً وكذلك اذا اختارت
نفسها لانه دليل الرضا بالفرقة وفي الخلع فكذلك التزمت المال لتحصل لها الفرقة فهو ادل على الرضا منهما
وقوله وان قال لها في مرضه في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الارث عند ابي حنيفة ويجب ما اقر او وصى
بالغاً ما بلغ فيهما عند زفر وقولهما في الاولى كقول ابي حنيفة وفي الثانية كقول زفر قال زفر الميراث لما بطل
بسؤالها او تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية واذا زال المانع يعمل المقتضي عمله ووجه قولهما في
المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية فانعدمت التهمة واستوضح
ذلك بقوله الا ترى وقوله وهي التهمة اي العدة سبب التهمة ايثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة
نصيبها كما في حقيقة الزوجية والحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية يدار على دليل التهمة ولهذا
يدار اي الحكم المذكور على النكاح والقرابة حيث لا يجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته وذوي قرابته وتحقيق
هذا ان الانسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدون
ايثار الحظ لغيره ولكنه امر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فاقام الشرع مقامه ولم يجوز الاقرار
والوصية لمنكوحته وقرابته فكذا في المعتدة لان العدة من اسباب التهمة ولا عدة في المسئلة الاولى لتصادقهما

علي

على انقضائها وفي عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشيء مقام غيره انما
التسبب الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فيهما قسمان ولابي حنيفة في المسئلتين ان التهمة قائمة لان
المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار
بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة
في قدر الميراث فصححناه وقوله ولا مواضعة عادة جواب عن قولهما الا ترى انه تقبل شهادته لها وهو
واضح ومن كان محصوراً او في صف القتال لهذا بيان ان حكم الفرار غير مختص بالمرض بل بكل ما يغلب فيه الى الهلاك
غالباً فهو في معنى مرض الموت لان مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً فكانا في المعنى سواء وتفسير
المرض الذي يخاف منه الهلاك غالباً ان يكون صاحب فراش وفسره بمن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما الاصحاء وكلامه
واضح وقوله ولهذا اضاف تخرج على هذا منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف
الغرق صار كالمريض في هذه الحالة ومنها المرأة الحامل فانها كالصحيحة فاذا اخذها الطلق فهي كالمريضة ومنها
المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض فان صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق
وغيره لانه ما دام يزداد في علته فالغالب ان آخره الموت واذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن كذلك
وقوله اذا مات في ذلك الوجه بيانه اذا طلقها في مرض موته ثم قتل او مات من غير ذلك المرض الا انه لم يصح
فلها الميراث وكان عيسى بن ابان يرى ان لا ميراث لان مرض الموت لا يكون سبباً للموت ولما مات بسبب آخر علمنا
انه مرض لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقاً بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته ولكنا نقول قد اتصل
الموت بمرضه حيث لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن
ثابتاً في ماله وقد بينا ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح كلامه
فيه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فانت طالق يعني طلاقاً باينا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق باينا
على ما ذكرنا وقوله وكانت هذه الاشياء بان وجدت كلها لا تحتاج الى الحجر وقوله تصير كطلاقها عند الشرط
حكماً لا قصداً نظير بمسئلتين احديهما لو علق الطلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع ان طلاق
المجنون غير واقع فدل على انه ليس بتطليق قصداً والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف
لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطليقاً قصداً لحنث وقوله والفعل مما له منه بد لا بد له منه
تصير فاراً قيل عليه ينبغي ان لا يصير فاراً في التعليق بالفعل الذي لا بد له منه اذا كان التعليق في الصحة
لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطراً في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلماً فلا ترث واجيب
بان الاضطرار في جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر الى اكل مال الغير او الى قتل الجمل الصائل
فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان عصمة المحل يكفي لايجاب الضمان وقوله لانها راضية بذلك يعني
كانه طلقها بسؤالها لما ان الرضا بالشرط رضى بالمشروط فان قيل لا نسلم ذلك فان احد شريكي العبد اذا قال
لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه عتق وللضارب ولاية تضمين الحالف مع ان الضارب ضربه باختياره ولم
يجعل ذلك منه رضى اجيب بان حكم الفرار يثبت على خلاف القياس استحساناً باجماع الصحابة بشبهة العدوان
فانه روي عن عمر وعثمان وعلي وكابعه فيه غيرهم فيبطل حكمه ايضاً بشبهة الرضى ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد
ههنا بشبهة رضى المرأة فكفى ذلك لنفي حكم الفرار وقوله وفي العصر راجع الى صلوة الظهر قيل انما خص
بالذكر وان كان جميع المكتوبات فيه سواء لانها اول صلوة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم فكان الفهم
في النظر الى الاول اسبق وقوله فكذا الجواب عند محمد اي لا ترث المرأة لانه حين علق الزوج الطلاق
لم يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع غاية ما في الباب انه يطلع
رضاها او جعلها لما ان الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فاراً فان قيل في هذه قصة

من جانب زفر لانه قال انما تعددت المعلق بالشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض فالجواب انه معنى قوله لم يوجد
من الزوج صنع تعلق حقها به اي صنع معتبر لان الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع [illegible]
فان الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حد الاعتبار وقوله لان الزوج الجاها اي الجاها الى المباشرة اي الى
جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لاسقاط حقها ولو طلقها فارتدت اي لو طلقها ثلاثا او بائنا فانه
يحكم الثلث والبينونة واما اذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح او بعد الطلاق الرجعي فلا ترث
لوقوع الفرقة بالمطاوعة وقوله لا كالمحرمية لانها لا تنافي الارث يعني بل تنافي النكاح كما في الام والاخت وقوله
وهو يعني الارث هو الباقي وقوله فتكون راضية ببطلان السبب اي سبب الارث وهو النكاح وقوله
وقال محمد لا ترث قيل لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه اخر اللعانين فكان اخر المتداعيين فان قيل الفرقة
انما يقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء اخر المدارين اجيب بان اللعان شهادة عندنا على ما ياتي وهي لم
ا[illegible] يثبت بالشهادة لا بالقضاء ووجه قولهما ان الفرقة وان كانت تقع بلعانها الا انها مضطرة فيه
لتستدفع العار عن نفسها فكان ملجئا بفعلها لا تبطل اهانته وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة وقوله
وان كان [illegible] ظاهر قد ذكرنا وجهه يريد قوله قلنا ان التعليق السابق يصير تطليقا في اخره
فان قيل لا نسلم ان الايلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت وان كان التعليق في الصحة لما انه متمكن من
ابطال الايلاء بالفيء فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كانه انشا الايلاء في المرض وهناك ترث فكذلك ههنا
فكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته فطلقها الوكيل في المرض كان فارا لتمكنه من العزل فاذا لم يعزل
جعل كانه انشاء فكذلك ههنا اجيب بان الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء بالفيء الا بضرر يلزمه
فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة وقوله في جميع الوجوه يعني سواء كان الطلاق بسؤالها او بغير
سؤالها وسواء كان التعليق مما لها منه بد او لم يكن والباقي واضح والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

بفعلها او بفعله وسواء كان الفعل مما

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعا اخرها وضعا لتناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح
والكسر والفتح افصح وهي عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط احدها تقدم صريح لفظ الطلاق او
بعض الفاظ الكناية كما تقدم والثانية ان لا يكون بمقابلة مال والثالثة ان لا يستوفي الثلاث من الطلاق والرابعة
ان تكون المرأة مدخولا بها والخامسة ان تكون العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لاحد لثبوتها بالكتاب والسنة
والاجماع والفاظ الرجعة ان يقول راجعتك ان كان في حضرتها او راجعت امرأتي في الغيبة بشرط الاعلام
او في الحضرة ايضا او يقول رددتك وامسكتك او يقول انت عندي كما كنت او انت امرأتي فان نوى الرجعة ولا
خلاف لاحد في جواز الرجعة بالقول او بالفعل مثل ان يطاها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها
بشهوة فهي صحيحة عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة النكاح
لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء فكذا الرجعة حلالا كما في ابتداء النكاح وقلنا هي عبارة عن استدامة
النكاح كما بينا وهو اشارة الى قوله الا ترى انه سمى امساكا وهو الابقاء وسنقرره اشارة الى ما ذكر في
اخر هذا الباب وهو قوله قلنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها الى اخره وقوله والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة
كما في الدليل وقوله كما في اسقاط الخيار دليله وتقريره ان الرجعة استدامة الملك والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة
كما في اسقاط الخيار فان من باع جارية على انه بالخيار ثلاثة ايام فوطئها سقط الخيار كما اذا اسقط بالقول

فكان اولى لانه في البيع يحتاج الى رفع بالوطء لزوال الدفع اسهل من الرفع فلما كان الثابت بالدليل
اي بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج الى ان يعينه فقال والدلالة اي الدليل فعل يختص
بالنكاح وهذه الافاعيل تختص بالنكاح فيقع دلالة وقوله خصوصا في الحرة لبيان ان حل استمتاعها
ليس الا بالنكاح واما في الامة فيحل به وبملك اليمين ايضا بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل
بدون النكاح كما في القابلة والطبيب والختانة والشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة والنظر
الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان النظر اليه رجعة لطلقها فتطول
العدة عليها وفيه ضررها فلا يجوز لقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن
بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا قال ويستحب ان يشهد على الرجعة اذا اراد الرجعة يستحب ان
يقول لاثنين اشهدا على اني قد راجعت امرأتي وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في احد
قوليه لا تصح وهو قول مالك وهو غريب لانه لا يوجب الاشهاد على ابتداء النكاح فجعله شرطا على الرجعة
لقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم
والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص في الرجعة عن قيد الاشهاد وهو قوله تعالى فامسكوهن بمعروف
وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وقوله تعالى فلا
جناح عليهما ان يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها وقوله ولانه اي الرجعة يعني
الرجوع او على تأويل المذكور استدامة للنكاح كما تقدم والاستدامة انما هي حال البقاء والشهادة ليست
بشرط في النكاح حال البقاء بالاتفاق فكانت كالفيء في الايلاء فان الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة
البقاء الا انها اي لكنها اي الشهادة مستحبة لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها اي في الرجعة وما تلاه
يعني من قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم محمول عليه اي على الاستحباب دفعا للتناكر فكان الامر
للارشاد الى الاوفق كما في قوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم بدليل انه قرنها بالمفارقة حيث قال الله
او فارقوهن بمعروف واشهدوا والشهادة فيها اي في المفارقة مستحبة فكذا في الرجعة واعترض
بان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا الزكاة واجيب بان
ذلك فيما اذا الحكم على احدى الجملتين المتعاطفتين حكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل
جملة من الجملتين مستقلة بحكمها واما تعلقتهما جملة اخرى تعلقت بهما واحديهما يقتضي تعلقهما من حيث
الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين ويستحب ان يعلمها بالرجعة
بانه لو لم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فانها تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت
عدتها ويطأها الزوج الثاني فكانت عاصية والزوج وطئها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك
لو لم يعلمها صحت الرجعة لانها استدامة للقائم وليست بانشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفا في
خالص حقه وتصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم
اجيب بانها اذا تزوجت بغير سؤال وتفحص فالمعصية لان التقصير جاء من جهتها واذا
انقضت العدة فقال كنت راجعتك في العدة فان صدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه
اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال وكل من فعل كذلك فهو متهم وذلك يقتضي ان لا تصح الرجعة وان صدقته
ايضا الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء
الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي فاما ان
قالت ذلك متصلا بكلام الزوج او بعد سكوت فان كان الثاني صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الاول
لم تصح عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقت الز[illegible]

فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي
وقع الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء اذ لا يعلم ذلك
الا باخبارها وقد اخبرت بذلك والاخبار تقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين فاقرب
احواله حال قول الزوج واذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة ولا نسلم ان مسئلة الطلاق على الوفاق
بل على الخلاف ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا
قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وهي في العدة فاما ان يصدقه المولى والامة او يكذباه
او يصدقه المولى وتكذبه الامة او بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة بلا تنازع وان كان الثاني لم تصح
بالاتفاق الا اذا اثبت وان كان الثالث وليس له بينة فالقول قولها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
القول قول المولى لان البضع مملوك له بعد انقضاء العدة معناه منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا
بما هو خالص حقه فلا ترد له وان كان كالاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه زوج امته من فلان وهو ولي
ابي حنيفة يقول حكم الرجعة تبتني على العدة والقول في العدة قولها في ذلك لكونها امينا والقول في
العدة قولها فحكم الرجعة تبتني على قولها والمذكور في الكتاب عن الاقرار بالتزويج لظهوره وذلك لانه لما
صدقها في الرجعة لم يبق له حق في منافع بضعها فيكون اقرارا على غيره بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقرار
بذلك فكان الفرق ظاهرا وان كان الرابع وهو ما عبر عنه المصنف بقوله ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى لان منافع البضع
خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهو ينكره وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال بالاتفاق وبالانقضاء
يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا تقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان للمولى بالتصديق في الرجعة مقرا بقيام العدة
عندها اي عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة في هذا الكلام اشارة الى الجواب عن مسئلة التزويج كما اشرنا
اليه قوله وان قالت انقضت عدتي ظاهر والضمير في به راجع الى الانقضاء قال واذا انقطع الدم من
الحيضة الثالثة كلامه واضح وقوله او بلزوم حكم الطاهرات بمضي وقت الصلوة يعني ان الوقت اذا مضى صارت
الصلوة دينا في ذمتها وهو من احكام الطاهرات وقوله واذا تيممت وصلت اطلق الصلوة ليتناول المكتوبة وغيرها
وقوله حتى يثبت به من الاحكام يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القران واباحة الصلوة وسجدة
التلاوة وقوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية يعني ان ثبوت الاحكام من ضرورة جواز الصلوة بالتيمم
اما قراءة القران فلانها ركن الصلوة واما السجدة فلانه مكان الصلوة واما سجدة التلاوة فهي من توابع القراءة
فانه يجوز ان يقرأ في صلوتها باية السجدة ولقائل ان يقول الحاصل من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية لان
الضرورة انما تتحقق حالة اداء الصلوة فلا تكون قبله طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول
ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب ان لا ينقطع الرجعة وان صلت ما لم تغتسل او يمضي عليها
وقت صلوة والجواب ان الضروري متى ثبت يثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند اداء الصلوة انقطاع
الحيض ومن لوازم انقطاعه مضي المدة ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم اللازم لازم فيثبت عند
ثبوته واما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد
بالعكس فقد سبق هناك مستوفى قوله واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما
فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو كاصبع ونحوه انقطعت قال المصنف وهذا استحسان
اعلم ان محمدا لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو العضو فما فوقه او ما هو دونه وروي انه عند ابي يوسف
في العضو فما فوقه فان القياس ان تنقطع الرجعة لانها غسلت اكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكانها اغتسلت
جميع البدن وفي الاستحسان لا تنقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة وعند محمد فيما دونه فالقياس
ان تبقى الرجعة لبقاء الحدث والاستحسان ان تنقطع لان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته

فلا

فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانقطاعها حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت فصارت لم
تنقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان محمد وقال بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف
فلما لم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا ينقطع وهذا اشارة الى استحسان
ابي يوسف فانظر حذق المصنف في هذا الادماج اللطيف الذي قلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المحصلين
خيرا وعن ابي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل والواو بمعنى او لان
الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه وذلك لان حكم الحيض باق لكونهما فرضين في
الجنابة وفي رواية اخرى عنه وهو رواية الكرخي عن محمد هو اي كل واحد منهما بمنزلة ما دون
العضو لان في فرضيته اختلافا فان المضمضة والاستنشاق سنتان في الغسل عند مالك والشافعي
فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة بخلاف غيرهما من الاعضاء فانه لا خلاف لاحد في فرضيته قال
ومن طلق امرأته وهي حامل اي من طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه ثم طلقها او قال لم اجامعها
ثم اراد الرجعة فله ذلك ولا يعتبر بقوله لم اجامعها لانه ظهر الحبل في مدة يتصور ان يكون منه لكون
المسئلة موضوعة في ذلك ومتى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه
وسلم الولد للفراش الحديث وذلك اي جعل الحمل منه دليل الوطء منه وكذا اذا ثبت نسب الولد
منه بجعل واطئا لانه لا يتصور بدونه واذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب
الرجعة ويبطل زعمه انه لم يجامعها بتكذيب الشارع وفيه بحث من وجهين احدهما ان النسب
دلالة وقوله لم اجامعها صريح والصريح يفوق الدلالة والثاني انه اقر بقوله لم اجامعها بسقوط
حق مستحق له وتكذيب الشارع لا يرده كما لو اقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده
ثم وصلت اليه امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا واجيب عن الاول بان
الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشرع اقوى لاحتمال الكذب من العبد دون
الشارع وعن الثاني بانه لم يتعلق ههنا باقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد
الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به فان المانع
عنه موجود وهو تعلق حق الغير قوله الا يرى توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب
الرجعة وبيان الولاية اي الاحصان له مدخل في وجود العقوبة به ومع هذا ثبت به فالوطء
فلان يثبت به الرجعة التي ليست فيها جهة العقوبة اولى وقوله وتأويل المسئلة الولادة
ظاهر فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا على رواية كتاب الطلاق بكلمة او وعلى رواية الجامع
الصغير وارخى سترا بالواو والاول اصح ثم قال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد
الملك بالوطء وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه فان قيل قد صار مكذبا شرعا
لوجوب كمال المهر ووجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول اجاب بقوله ولم يصر مكذبا
شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض ومعناه انما يصير مكذبا شرعا ان لو
كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطء وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل
بالخلوة الصحيحة اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه وتعذر المسلم اليه
على ان يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم القبض فلا يلزم التكذيب بخلاف الفصل الاول
لان الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب ~~بخلاف الفصل الاول~~ فان راجعها بعد ما خلا
بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة
السابقة لان النسب ثابت منه لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة واحتمال العلوق فان الولد يبقى في البطن

هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فان نزل واطيا قبل الطلاق دون ما بعده لانه فيما بعده يكون
الوطي حراما لزوال الملك بنفس الطلاق لا الى عدة لان الغرض عدم الوطي قبله لانه لم يحلل الخلوة والمس
لا يحل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق فكان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة وكانت
الرجعة صحيحة **قال** فان قال لها اذا ولدت فانت طالق ومن علق طلاق امراته بولادتها فولدت
ولدا ثم ولدت ولدا آخر فالمراد ان يكون بين الولدين ستة اشهر والا فان كان الثاني فالولادة الثانية
لا يكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت العدة بالولد الثاني وما تم دليل
~~على انه بوطي بعد الولد الاول انقضت العدة بالولد الثاني وما تم دليل على انه وطئ بعد الولد الاول~~
فلا يثبت به الرجعة وان كان الاول هو المذكور في الكتاب فهي رجعة اي الولادة الثانية
رجعة وجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح **وقوله** وان كان اكثر من سنتين الوصل اي لما كان
بين الولدين ستة اشهر لا تفاوت بعد ذلك بين ان يكون الولادة الثانية في اقل من سنتين
وبين ان يكون اكثر من ذلك في ثبوت الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى علوق حادث لا محالة
وهو بالوطي بعد الطلاق فكان رجعة وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق على ما ذكر في الكتاب
واضح **وقوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق وعلقها بالولد الاول الخ **وقوله**
والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين التشوف خاص في الوجه والتزين عام يفعل من شغل الشي
جلوته ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلو المراة وجهها وتصقل خديها **وقوله** اذ النكاح قائم
بينهما بدليل انه وكذلك جميع احكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امراة لي طالق تدخل هذه المطلقة
فيه ويقع عليها الطلاق **فان قيل** لو كان النكاح قائما لجاز ان يسافر بها كالتي في نكاحه وليس
كذلك على ما نذكر **اجيب** بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن فانه
نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي لعله يبدو له فيراجعها
والمسافرة بها اخراج من البيت فيكون منهيا عنه **فان قيل** لم لا يكون نفس المسافرة دليلا على
الرجعة **اجيب** بان الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها وبينهما منافاة **وقوله** ولانه
تراخي عمل المبطل دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة **وتقريره** تراخي عمل المبطل
وهو الطلاق لحاجة الزوج ولا حاجة له اليها فلا تراخي اما ان التراخي لذلك فلعلمكم بما تقدم
~~واما عدم حاجته اليها فلان التراخي كذلك ويعلم ما تقدم واما عدم حاجته اليها~~
فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة له اليها وفيه نظر لان كلامه يدل على ان المسافرة
لا تجوز اذا انقضت المدة ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على
عدم جواز ذلك والكلام فيه **واجيب** بانه انما يرد ان لو كان المراد بالمدة العدة واما اذا اريد
بها مدة الاقامة فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل اخر الى انقضاء العدة بالاجماع وذكر مدة الاقامة
ولعل الصواب تعدم جواز المسافرة ايضا ثبت بالتبيين لعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين ان المبطل
عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة كما لو لم يحتسب في قوله اذا حضت فانت طالق
فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء
العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقدير اذا لم ترد الرجعة
فكما انه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا ان يشهد على رجعتها
فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج **وقوله** على ما قدمنا يعني في اوايل الباب حيث قال ويستحب ان يشهد
على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وقال الشافعي يحرمه لان

حل الوطي للزوجة والزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا ان الزوجية قائمة ولهذا يملك
مراجعتها من غير رضاها بالاتفاق ولو كانت زائلة لكانت اجنبية فلم تصح الرجعة بدون رضاها وهذا
المعنى كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك
عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجبه نظرا له يوجب استبداده به اي بالرجعة يعني بالرجوع اذ لو لم يكن
مستبدا به لحاصم النظر لانه قد لا ترضى المراة بالرجعة يوجب استبداد الزوج واستبداده بذلك يؤذن
بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي ان يكون الرجعة
انشاء لان الزوج لا يستبد به والاستدامة لا يتحقق الا في القائم فكانت الزوجية قائمة **وقوله**
والقاطع جواب عن قوله لوجود القاطع ومعناه ان وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية لانه اخر
عمله الى مدة اجماعا ونظرا له على ما تقدم يعني قوله ثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيار
تاخر عمل البيع في اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار

فصل فيما تحل به المطلقة

لما فرغ من بيان ما يتدارك به غير الثلاث من الطلقات في فصل على حدة واذا كان الطلاق بائنا دون
الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية وهو كونها آدمية ليست من المحرمات
باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له على ما نذكر والمعلق بالشرط
معدوم قبله ووجود الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا وكلما بقي انه
معدوم بعدمه وصلي اذا العلة المصرعة تعدوا ذا كان حل المحل باقيا جاز نكاحها في العدة وبعدها ايضا
فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله نهى عن
العزم عن نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلته باطل **اجاب** بقوله ومنع الغير في العدة لاشتباه
النسب ومعناه ان المراد بالآية منع الغير عن العزم عن نكاح المعتدة لان المانع اشتباه النسب ولا اشتباه
في اطلاقه اي في تجويز نكاح معتدته اذ الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة
الغير **واعترض** عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية
والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج في العدة **واجيب** بان ذلك بيان الحكمة
وحكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور فاقول كما ذكرت
اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق واما انه يلزم جوازه اذا عدم هذا
المانع فليس بلازم لجواز ان يكون ثمة مانع آخر وهو جهة التعبد وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او
ثنتين في الامة لم تحل للزوج الاول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها
لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد بقوله فان طلقها الطلقة الثالثة
عند اكثر اهل التاويل والثنتان في الامة كالثلاث في الحرة لان الرق منصف لحل المحلية لكونه نعمة والعقدة
الواحدة لا تتجزى وكملت على ما عرف وانما يجب ان يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج آخر مطلقا حتى
لم تقيد بصحة ولا فساد والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في الاصول والزوجية المطلقة اي الكاملة انما
تثبت بنكاح صحيح وانما يشترط الدخول لان اثباته باشارة الكتاب على ما ذكره المصنف وهو طريق بعض المشايخ
وهو ان يحمل النكاح في قوله تعالى حتى تنكح على الوطي حملا الكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد استفيد

باطلاق اسم الزوج في قوله زوجا غيره فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تاكيدا والتاسيس اولى من التاكيد
واما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي طلق امرأته في عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم وهي عميمة وقيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها
فاتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي واني نكحت بعده عبد الرحمن
بن الزبير القرظي وانما معه مثل الهدبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة
لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وقد روي بروايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة وكما ذكر
وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور في كتب الاصول فهو حديث
مشهور يجوز الزيادة على الكتاب ونسخ اطلاقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الاتم فليطلب ثمه ولا خلاف
لاحد فيه اي في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقيل هو قول بشر المريسي **وقوله** غير معتبر
لانه مخالف الحديث المشهور وكذا اذا قضى القاضي اي بقول سعيد بن المسيب لا ينفذ والشرط
الايلاج دون الانزال لان الانزال كمال ومبالغة فيه اي في الدخول والكمال قيد لا يثبت الا بدليل
ولا دليل عليه بل الدليل يدل على عدمه لان ذكر العسيلة وهي تصغير العسلة وهي كناية عن اصابة
حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج فكان التصغير دليلا على عدم الشبع بالانزال ومالك يخالفنا فيه
اي في اشتراط الايلاج دون الانزال فهو يشترط الانزال وهو انما يتحقق في البالغ فلا يكون الصبي المراهق
كالبالغ في ارادة التحليل والحجة عليه ما بيناه ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه
وقوله فسره اي المراهق في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الى اخره وهو ظاهر **قال** ووطء المولى
لا يحلها اذا طلق امرأته ثنتين وهي امة ثم وطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الاول لان غاية
الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا قال في شرح الاقطع روي ان عثمان سئل عن ذلك وعنده علي وزيد
بن ثابت فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج
ولو تزوجها بشرط التحليل بان قال تزوجتك على ان احلك او قالت المرأة ذلك فالنكاح مكروه لقوله صلى
الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له فانه محمول على اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا اذا لم يضمر ذلك في
قلبه لم يستحق اللعن وقيل معنى قوله هو محله الكراهة محل الحديث لا فساده فان طلقها يعني الذي شرط
التحليل بعدما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف
انه يفسد النكاح لانه في معنى المؤقت كانه قال تزوجتك الى وقت كذا ولا يحلها على الزوج الاول لفساده
فانه من شروط التحليل صحة النكاح كما تعلم وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ان النكاح لا يبطل بالشروط ولا
يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل على الاول بعد موت الثاني فشرط
التحليل يصير مستعجلا للحل فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وذكر في روضة الزندوستي ان ابا
حنيفة قال النكاح جائز والشرط جائز حتى اذا لم يطلقها الثاني بعد وطئه اياها يجبره القاضي على ذلك وتحل
للزوج الاول فاذا طلقها الثاني برايه او بامر القاضي اياه قال الامام ظهير الدين هذا البيان لم يوجد في
غيره من الكتب واذا طلق امرأته الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت
الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق الذي دون الثلاث كما يهدم الثلاث يعني انه يجعل ذلك الباقي
من الملك الاول كان لم يكن ولا تحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلاثا او افرادا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وقال محمد وزفر والشافعي لا يهدم ويبقى الزوج ما كان بقي من الاول
ويحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر وعلي وابي بن كعب وعمران بن حصين وابي هريرة فاخذ
الشبان بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة استدل محمد بان الزوج الثاني

غاية

غاية الحرمة بالنص قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره على ما تقدم وكلمة حتى كانت
غاية الحرمة وهو منهي لها لان المغيا ينتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة قبل تمامها وليست
بثابتة قبل وقوع الثلاث فلا يكون منهيا لها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وجه الاستدلال ان
احد الحديث اورده في باب ما جاء في الزوج الثاني فكان المراد بالمحلل الزوج الثاني وسماه محللا وهو
المثبت للحل لان الحل الذي يثبت به اما ان يكون الحل السابق او حلا جديدا لا سبيل الى الاول لاستلزامه تحصيل
الحاصل فتعين الثاني وبالضرورة يكون غير الاول على الاول لانا قد فرضنا فكان الحل جديدا كاملا وهو ما يكون
بالطلقات الثلاث **فان قيل** سلمنا ان المحلل هو المثبت للحل وان يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضي
يكون ذلك في المطلقة ثلاثا لامرين احدهما ما ذكره المصنف ان محله وهو شرط التحليل وذلك لا يكون
الا في المطلقة ثلاثا والثاني ان الحل قبل ذلك ثابت فينصرف الى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة **فالجواب**
انا قد ذكرنا قوله فهو محله معناه احدهما ما ذكرت وليس بمرضي عندنا فان محله الكراهة لا الفساد ح
يندفع الامر الاول لان تحل وان كان قبل ذلك ثابتا لكن الطلاق والمحلل يقتضي ان يكون الزوج الثاني
على الطلاق محللا فصرفه الى بعض الصور تقييد بلا دليل والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرنا فكانت
المطلقة ثلاثا وغيرها سواء به يندفع الامر الثاني واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي على ما ذكره
في الكتاب ظاهر **وقوله** واختلفوا في ادنى هذه المدة قال ابو حنيفة لا تصدق في اقل من ستين
يوما وقال ابو يوسف ومحمد تصدق في تسعة وثلاثين يوما فتخريج قولهما انه يجعل كانه طلقها في اخر
جزء من اجزاء الطهر وحيضها اقل الحيض ثلاثة وطهرها اقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلاثة اذا
كانت ثلاث مرات كانت تسعة والطهران ثلاثون يوما فلذلك صدقت في تسعة وثلاثين يوما لكنها
امينة اخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها واما التخريج على قول ابي حنيفة فيجعل كانه طلقها في اول الطهر تحرزا
عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثر الطهر فيقدر بما يليه
وحيضها خمسة لانه من النادر ان يكون حيضها اقل الحيض وممتدا الى اكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك
وهو خمسة فثلاثة اطهار كل طهر خمسة واربعين وثلاث حيض كل حيض خمسة عشر فذلك ستون يوما
وعلى هذا ما ذكره محمد واما على رواية الحسن فيجعل كانه طلقها في اخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة
واجب وايقاع الطلاق في اخر الطهر اقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قيدنا طهرها
باقل المدة نظرا لها بعد حيضها باكثر المدة نظرا للزوج وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون وثلاثة اطهار
كل طهر خمسة عشر ستون يوما **وقوله** وسنبينها في باب العدة قال في النهاية وقعت هذه الحوالة
غير رائجة لانه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره ورد من حيث اللفظ والمعنى اما اللفظ فلانه مثل هذا ينبغي
وعد الاحالة وكان ينبغي ان يقول لعدم غير منجز واما المعنى فلانه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب
فيجوز ان يكون وعده منجزا في باب العدة من كتاب اخر والاول اقوى والظاهر والثاني يخالف الظاهر

باب الايلاء

قال في النهاية ذكر في مبسوط فخر الاسلام في اول كتاب الطلاق ومنه التحريمات التي تتعلق بالزوج بحكم ملك النكاح اربعة انواع
الطلاق والايلاء واللعان والظهار ثم قال فبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح للنكاح في وقته ثم الايلاء حجة لانه

ولا انهاء للحرمة مع الحاصلة بالثلث

قوله والجواب الاول وكان يمكن ان يجاب بان شرط الحل يتحقق في غير المطلقة ثلثا فان قول يثبت بالزوج الثاني الحل الجديد والزوج فيمكن بثلث تطليقات سعد الدين

في اباحة الايلاء لانه من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجي فكان ادنى درجته في الاباحة
وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى يولي ايلاء اذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان
المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا منعا مؤكدا باليمين وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة وهما
متشابهان في ان الابانة فيهما مؤقتة الى وقت اكد من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك فيه
لا يستحق مكروها ومنهم من يختار الايلاء لان التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف
الطلاق الرجعي وشرطه ان يكون صادرا من اهل الطلاق عند ابي حنيفة او من اهل وجوب الكفارة عندهما
في منكوحة في مدة اربعة اشهر فصاعدا وركنه ان يقول والله لا اقربك اربعة اشهر او نحوه او يقول
ان قربتك فعلي حج وامثاله وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع تطليقة
بائنة اذا مضت مدة الايلاء من غير ان يترتب على الحنث والرغبة شي وعن هذا قيل المولي من لا يخلو من احد
المكروهين فاذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله
تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة
لان الكفارة موجب الحنث وقال الشافعي لا يلزمه الكفارة لان الله تعالى قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم
وعد المغفرة والمغفور لا يجب عليه عقوبة قلنا وعد المغفرة في الآخرة وذلك لا ينافي وجوب الكفارة
في الدنيا وسقط الايلاء لانحلاله لو مضت اربعة اشهر لا يقع الطلاق لان اليمين يرتفع بالحنث وان لم
يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة لان معنى الايلاء عندنا ان مضت اربعة اشهر ولم
اجامعك فانت طالق تطليقة بائنة وعند الشافعي لا يقع الفرقة بمضي المدة ولكنه يوقف بعد المدة على ان يفي اليها
او يفارقها فان ابى ان يفعل ناب منابه تفريق القاضي بينهما وكان التفريق تطليقة بائنة لانه ما نع حقها
في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها وهو الوطء في المدة
فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة تخليصا لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخليص بالرجعي
فوقع بائنا وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود
وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعند المحدثين اربعة ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكروا
فيهم عبد الله بن مسعود واعترض بان الزوج انما يكون ظالما بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة واما اذا وطئها
فقد سقط حقها **واجيب** بان حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء واما في الديانة فلم يسقط فكان
الجزاء بزوال النعمة بوقوع الطلاق لمنعه حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم القضاء بما في الديانة وهو بعيد
ان يحكم القاضي بوقوعه لانه ليس بظالم عند تعذر الدخول وليس كذلك ولان الايلاء كان طلاقا في الجاهلية
على الفور فجعله الشرع بعد الايلاء ابتداء فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة فلم يتصرف فيه الا بالتاجيل
فلا يتوقف على تطليقة او تفريق القاضي **وقوله** فان كان حلف يعني اذا مضت اربعة اشهر ولم يقربها
فلا يخلو اما ان كان حلف على اربعة اشهر او على الابد فان كان الاول فقد سقط اليمين لانها كانت مؤقتة
به وان كان الثاني فاليمين باقية لانها عن المطلقة ما لم يوجد الحنث لم يرتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق
قبل التزوج وهذا استثناء من قوله باليمين باقية لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة اذ لا حق لها في الجماع
بعدها وهو اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه ابو سهل الشرعي يقول يتكرر الطلاق بتكرر المدة يعني اذا مضت
مدة الايلاء بلا انقضاء عدة لان الايلاء في حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر وكانه قال كلما مضت اربعة اشهر
ولم اقربك فيها فانت طالق بائن الا ترى انه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها اربعة اشهر بانت فدل
انه بمنزلة شرط متكرر والاصح قول العامة لما ذكر في الكتاب فان عاد فتزوجها يعني المبانة بمضي اربعة اشهر
بعد انقضاء عدة عاد الايلاء فان وطئها في المدة والا وقعت تطليقة اخرى بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين

باقية

باقية لا طلاق فيها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم فيزال **وقوله** بالطلاق البائن ويعتبر ابتداء هذا
الايلاء من وقت التزوج قبل انقضاء العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت التزوج كذا ذكره التمرتاشي
فان تزوجها بعد الايلاء واما الثاني فبالنظر الى التزوج قبل الايلاء الاول الظهر ما قال الايلاء وقعت بمضي اربعة
اشهر اخرى تطليقة اخرى ان لم يقربها لما بينا ان اليمين باقية لا طلاق فيها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم
فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق ثلاث وطئها كفر عن يمينه لما عدم وقوع الطلاق للتعليق
بطلان هذا الملك لما ذكرنا انه بمنزلة التعليق بعدم القربان وتعليق الطلاق يختص بطلاق ذلك
الملك الذي حصل فيه التعليق وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية فانه يبطل التعليق عندنا خلافا
لزفر رحمه قد عرفت من قبل اي في باب الايمان في الطلاق قال في المبسوط واذا آلى الرجل من امرأته
لا يقربها ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء حتى قال زفر رحمه الله لا يتم الايلاء طلاق موجل فانما يتعقد على
التطليقات المملوكة ولم يبق شي منها بعد وقوع الطلاق الثلاث عليها وكذلك لو بانت بالايلاء ثلاثا
ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن موليا الا عند زفر واما الكفارة عند الوطئ فليقاء اليمين ووجود الحنث
قال فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا فان حلف على اقل من اربعة اشهر مثل ان يقول والله
لا اقربك شهرا وهو وضع المبسوط او قال لا اقربك شهرين او ثلاثة اشهر لم تبن بتطليقة وهكذا كان يقول
ابو حنيفة اولا بلغه فتوى ابن عباس الايلاء دون اربعة اشهر رجع عن قوله **فان قيل** فتوى
ابن عباس تخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر اطلق الايلاء وقيد
التربص بمدة وذلك يقتضي ان الحلف من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم او ساعة يلزمه تربص اربعة اشهر يكون
زيادة على النص وهي لا تجوز بفتوى ابن عباس وقع في المقادير والرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية
فكان مسموعا فلم يرو عن احد خلافه فيحمل تفسير النص لا تقييدا وتغييرا والله اعلم للذين يؤلون من
نسائهم تربص اربعة اشهر ترك الاول لدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء **وقوله** ولان الامتناع عن قربانها
دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكر في مطلع هذا البحث وتقريره الامتناع عن قربانها اي عن قربان
من آلى منها نحو اربعة اشهر في اكثر المدة وهي ثلاثة اشهر حاصل بلا مانع لانه ليس فيه مانع ومثله لا يحمل
هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق بمضي اربعة اشهر يحاول الزايد عن اليمين فكان من يتعين اربعة
اشهر او اكثر بلا يمين فانه بمضي اربعة لا يتعين شي والضمير في فيه قيل هو راجع الى الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم
من ذكره ومثله ونحوه يكون راجعا الى اكثر المدة ولو قال المصنف ولان الامتناع عن قربانها في بعض
المدة بدل في اكثر المدة كان اشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره وكذا لو قال لها والله لا اقربك شهرين وشهرين
بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع وهو الواو فصار كجمعه بلفظ الجمع كانه قال والله
لا اقربك اربعة اشهر فيكون يمينا واحدا وحنث ان يرد المدة الثانية يبنى على صحة فلو قربها في المدة لزمه
كفارة واحدة ولو مكث يوما او ساعة ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا
لان الثاني ايجاب مبتدأ والاصل في ذلك انه اذا اعاد اسم الله في المعطوف ولا حرف النفي ولو مكث بينهما
ساعة يدخل حكم المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسئلة الاولى واما اذا فات احد الامور المذكورة فقد
كان ايجابا مبتدأ وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون موليا لفوات الامور الثلاثة لوجود المكث يوما واعادة
اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية مضافا الى الاولى بقوله بعد
الشهرين الاولين اربعة الا يوما مكث فيه فلم تكمل مدة المنع فلا يكون موليا ويكون كلا منهما يمينين
مستقلتين يلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا لانه باعادة
حرف النفي صار ايجابا آخر وصار اجلين وكذلك لو قال والله لا اكلم فلانا يوما ولا يومين ان اليمين

يقتضي يمين لانه اعاد كلمة النفي فصار الثاني منفردا عن الاول فتنحل وقتهما بعد الانفراد فان الوقت
الواحد يصح وقتا لايمان كثيرة فاذا من قال والله لا اكلم فلانا شهرا ولا ادخل هذه الدار شهرا يقتضي شهرا واحدا
تنتهي الايمان كلها فكذلك ههنا اذا مضى شهران تنعقد مضت مدة كل واحدة من اليمين فيمكنه قربانها وانه
لم يستثن يوما بعينه يلزمه فلا يصير موليا ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر
هو يقول نصرفه الاستثناء الى اخرها كما لو قال اجرتك داري هذه سنة الا يوما فتمت مدة المنع ولنا
ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه وهذا ليس بصادق على ما نحن فيه لانه
يمكنه القربان اذ المستثنى يوم منكر فما من يوم يمر بعينه الا ويمكنه ان يجعله اليوم المستثنى فيقربها
فيه من غير شيء يلزمه ولا يجوز صرفه الى اخر السنة لانه متعين وكان تغييرا لكلامه من المنكر الى المعين
بغير حاجة لان الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى اخر السنة
لتصحيحه اي لتصحيح عقد الاجارة فانه لا يصح مع التنكير للجهالة ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر
او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة ولا يستشكل بما اذا اربع
نسوة وقال والله لا اقربكن فانه يصير موليا منهن اذ لا يقربهن جميعا اربعة اشهر عندنا خلافا لزفر
مع ان له ان يطأ كل واحدة منهن الى ان تأتي على الثلاث من غير شيء يلزمه لما ان الحنث لا يتعلق بالمحلوف
عليه الا بالكل كما لو حلف لا يدخل هذه الدور الاربعة له ان يدخل واحدة منها من غير حنث ما لم
يدخل الكل ثم لما كان في مسألة الحلف على اربعة نسوة تبقي القربان موليا مع امكان القربان من
غير شيء يلزمه لا يمنع صحة الايلاء لانه صار موليا مع امكان القربان على الوجه المذكور لان الحالف
ظالم في حق كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا انه
لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة تجب بالحنث والحنث لا يتم الا بتمام شرطه ولكن عند تمام
الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الاخرى فقط بل بقربانهن جميعا واما وقوع الطلاق في الايلاء
فباعتبار الرد وذلك انما يتحقق في كل واحدة منهن فلهذا يتربص لها كذا في النهاية **قال** وان حلف بحج
او بصوم لما فرغ من اليمين بالله شرع في بيان اليمين بغير الله بذكر الشرط والجزاء بان تعلق قربانها بالجزاء
صوم او صدقة او طلاق او عتق فانه يصير موليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح
وقوله البيع موهوم يعني لانه لا يمكنه عدم ما يحدث فلا يمنع المانعية فيه اي في الايلاء ولكن ان يبيع
العبد سقط الايلاء لانه يمكنه بعد ذلك قربانها الا بعتق يلزمه ولو كان جامعها بعد ما باعه
ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين قد سقطت لوجود شرط الحنث بعد بيع العبد وان مات العبد قبل
ان يبيعه سقط الايلاء لانه يتمكن من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شيء **وقوله** وان آلى من المطلقة
الرجعية ظاهر **واعترض** بان الايلاء جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في
الجماع لا قضاء ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها بدون
الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي ان لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الايلاء **واجاب** العلامة شمس
الائمة الكردري بان الحكم في المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص
وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل هو الزوج فكانت المرأة من نسائه فكان الحكم المرتب على نساء
الازواج بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم مترتبا على المطلقة الرجعية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك
او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية اذ
المحل النساء بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلا فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا فان قربها كفر لتحقق الحنث اذ
اليمين منعقدة في حقه اي في حق الحنث لان اليمين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حسا ولا يعتمد حله وحرمته

يقتضي

بخلاف المسئلة الاولى فانه لم يفهم مدة الثانية
بنفي على حدة كان الكل مدة واحدة فكان
موليا صح

قوله لانه ادل تعليل لقوله ولا يستشكل
سعد الدين

الا دور
عان

في الحال في حق كل واحدة منهن علم ان امكان
القربان صح

اقول فيه بحث اذ الاخراج من الكوفة ايضا
كذلك
سعد الدين

اقول وهو اول من قرا الهداية على المصنف
ثم اقول المستفاد بهذا الجواب من كلام المص
اسناد الاجابة الى المصنف
... في امثاله سعد الدين

ابه لو

الا انه لو قال والله لاشربن الخمر في هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل حراما محضا ومدة
الايلاء اربعة اشهر وقال الشافعي ... مدة ضربت لاخذها والظالم يمنع الحق في الجماع والحرة
والامة فيه سواء ولنا ان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فيتنصف بالرق كمدة العدة **وقوله** وان كان المولي
مريضا هذه المسألة على ثلاثة اوجه احدها انه آلى وهو صحيح وبقي بعد ايلائه صحيحا مقدارا يستطيع
فيه ان يجامعها ثم مرض بعد ذلك ففيئه بالجماع عندنا خلافا لزفر لان المعتبر اخر المدة وهو عاجز عنه
فكان كواجد الماء في اول الوقت اذا ... حتى عدم الماء جاز له التيمم وقلنا لما تمكن من جماعها فقد تحقق
منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع والثاني انه آلى وهو مريض وتم
اربعة اشهر وهو مريض وفيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء عندنا وقال
الشافعي لا الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا لان الفيء يستلزم حكمين حنث الكفارة
وانتفاء الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الاخر ولنا انه اذا اذاها بذكر
المنع لان الزوج اذا كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع اذ لا حق لها
فيه وانما قصده ايحاشها باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان واذا ارضاها باللسان ارتفع الظلم
لان التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئا على هذا الوجه الحنث الكفارة لانها
جزاء الحنث والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان **فان قيل** اذا كان المولي مريضا وقت الايلاء وجب ان لا يتحقق
الايلاء لعدم الظلم بمنع حقها اذ ليس لها حق في الجماع اذ ذاك فالجواب ما نقلنا عن العلامة شمس الائمة
الكردري وكذلك شمس الائمة السرخسي في اول كتاب البيوع والثالث انه آلى وهو مريض فقدر على الجماع
في المدة ففيئه بالجماع سواء كان ... بالقول بفيئه اذا لم يكن ظاهرا ولذلك اذا قال لانه قدر
على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف وقد قال ... اذا كان مريضا حال الايلاء ... الاصل
في فيئه الجماع لما ذكرنا ان لانه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان والكتاب ان المعتبر بطول
او بعض على تقدير ان تصح منه الايلاء ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها ... ان تصح في الابتداء
لم يكن الا منع الحق بالجماع والاصل في الفيء الجماع ولكن في الطلاق الحلف بعض تسامح في كلامه فتامل واذا
قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته لانه يحتمل وجوها لا يمكن بعضها عن بعض الا بالارادة فان قال اردت
الكذب فهو كما قال لا يقع طلاق ولا يكون ايلاء ولا ظهارا لانه نوى حقيقة كلامه لان المرأة كانت حلالا له
فقوله انت حرام اخبار ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وفيه نظر لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان
ينصرف اليه ... الا بقرينة او نية لان الحقيقة لا تحتاج الى شيء من ذلك وقيل لا يصدق في
القضاء ذكر الطحاوي والكرخي في مختصرهما ان القاضي لا يصدقه في ابطال الايلاء لانه يمين ظاهر لكونه
تحريم الحلال كما تذكره وان قال اردت الطلاق فان لم ينو شيئا من العدد او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة
بائنة وان نوى الثلاث فثلاث لانه من الكنايات وقد تقدم البحث عليها وان قال اردت الظهار فهو
ظهار في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس بظهار نقله شمس الائمة السرخسي من النوادر لان
الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا ولهما انه اطلق الحرمة
وفي الظهار نوع حرمة فيكون في محتملات مطلق الحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق وان قال
اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا فان قربها كفر وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه
بالايلاء اما اذا اراد التحريم فلان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا لقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل
الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم واما اذا لم يرد شيئا فلان الحرمة الثابتة باليمين لا دون الحرمات لان
في الايلاء الوطء حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ولان الحرمة في الايلاء لا تثبت في الحال ما لم تنقض

...والامة في ذلك سو

لسقوط بعذر هو عدم قدرة الرجل
او عدم قابلية المرأة لسقوط وجوب
الوطء بعذر
سعد افندي

اقول ويمكن ان يستدل على المقدمة
الممنوعة بقوله تعالى فان فاءوا فان
الله غفور رحيم فان وعد المغفرة
انما يكون اذا حنث وذلك بالجماع فالحاصل
انفقوا على ان وعد المغفرة على الفيء
لا الايلاء كما سبق
سعد افندي

اربعة اشهر وفي الظهار يثبت في الحال ولذا اريد به الطلاق يقع بائنا ويحرم الوطء وفي الايلاء لا يحرم الوطء فلما كان حرمة ذي الحرمات تعين لشبهها وسنح الكلام فيه في الايمان ان شاء الله تعالى ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق بدون النية قال الامام ابو بكر الاسكاف والفقيه ابو جعفر الهندواني وابو بكر بن سعيد والفقيه ابو الليث وبه ناخذ لان العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق والله اعلم

باب الخلع

اخر الخلع عن الايلاء لمعنيين احدهما ان الايلاء لتجرده عن المال كان اقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان فيه معنى المعاوضة من جانب المراة والثاني ان الايلاء غالبا نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المراة فقدم ما بالزوج على ما بالمراة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المراة زوجها وقد اختلعت منه بمالها وفي الشريعة عبارة عن اخذ مال من المراة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه يمين من جانبه معاوضة من جانب المراة على قول ابي حنيفة ويمين من الجانبين عندهما على ما سياتي بيان ثمرة الخلاف اذا تشاق الزوجان اي تخاصما وصار كل منهما في شق اي جانب وخافا ان لا يقيما حدود الله اي ما يلزمهما من حقوق الزوجية فلا باس بان تفتدي المراة نفسها منه بمال تبذله لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي فلا جناح على الرجل فيما اخذ ولا على المراة فيما اعطت سمى الله تعالى ما اعطته فداء لما ان النساء عوان عند الازواج بالحديث فكان المال الذي اعطته تخليصا من قيد ذلك فاذا فعل ذلك وقع طلاق باين ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة باينة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات فاذا قال خالعتك فلم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع لان الواقع بالكناية باين **فان قيل** لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط **اجاب** بقوله الا ان ذكر المال اغنى عن النية ههنا وقد قيل في بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس وعن الخيرات وعن النكاح فلما ذكر العوض تعين انخلاعا عن النكاح فلا يحتاج الى النية ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة **وقوله** وان كان النشوز من قبله يقال نشزت المراة على زوجها فهي ناشز اذا استعصت عليه وابغضته وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه لم ياخذ عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احديهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا اتاخذونه بهتانا واثما مبينا **وان قيل** النهي ورد عن فعل حسي وهو الاخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية ثم هو مؤكد بتوكيد هو قوله اتاخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض واخذن منكم ميثاقا غليظا فكيف يكون الخلع مع الكراهة **اجيب** بان النهي وان ورد عن فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية في نفسه كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الكراسي ولهذا اشار بدليل الثاني وهو قوله ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وفي الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه بدءا اي اولا يعني قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فانه يتناول القليل والكثير وجه الرواية الاخرى اي رواية القدوري وهي رواية كتاب الطلاق في الاصل قوله صلى الله عليه وسلم في امراة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا والقصة ما روي ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا اعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال اتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا فينبغي اباحة اخذ الفضل على ما ذكره واذا انتفى الاباحة كان مكروها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلونا من قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به شيئان الجواز حكما اي جواز اخذ الزيادة في القضاء والاباحة اي اباحة اخذ الزيادة في القضاء والاباحة اي اباحة اخذ الزيادة هكذا وقع الشارحون كلام المصنف وفرقوا بين العبارتين بان كل مباح جائز دون العكس لان الحل نقيض الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الحل ثبت ضده وهو الحرمة فينتفي الاباحة ايضا واذا انتفى الاباحة ايضا ثبت ضده وهو الكراهة ولا ينتفي به الجواز لكن الاجماع الجمع بين الكراهة وقد ترك العمل بما تلونا في حق الاباحة لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا لكونه نهيا لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية فبقي معمولا في الباقي وهو الجواز وفيه بحث من وجهين احدهما ان النهي انما ورد في الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب والجواب عن الاول ان الزيادة كان غير مباح وهي ناشزة وكان الاخذ منه وهو غير ناشز فكان لا يكون مباحا وكان منقصا لمحل النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بانه لا يعارض الكتاب اذا اخذ وهو ناشز لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج الى قوله فلا تاخذوا منه شيئا والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب جاز ان يعاضده الخبر فكان الحديث معاضدا بعد معارضة الكتاب بالكتاب وكانت جائزة وان طلقها على مال مثل ان قال انت طالق بالف درهم او على الف درهم فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان هذا تصرف معاوضة يعتمد اهلية المتعاوضين ومحلية المحل والكل حاصل اما اهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا بالاحالة وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فان الحكم متعلق فيه بالقبول واما اهلية المراة فلانها تملك التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال ويجوز اخذ العوض عنه والجامع وجود الاعلم في اهله كذا في بعض الشروح واذا وقع الطلاق كان بائنا لانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك الزوجة البدل الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة **قال** واذا بطل العوض في الخلع اذا خالع المسلم امراته على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة وان طلقها على ذلك وهي مخمور ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي اما وقوع الطلاق فانه علقه بقبولها وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها باين اذا لم يكن من الالفاظ الثلاثة وهذه اللفظة ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب شيء على الزوج فلانها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة له ولانه لا وجه لالزام المسمى لامتناع التسليم عن مسلمة ولا الزام غيره لعدم الالتزام به بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا فانه يلزم عليها رد المهر الذي اخذته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الخل مثل ذلك من خل وسط وهذا والصداق سواء لانها سمت مالا فصارت غارة له بذلك فكانت ضامنة له لان التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان **فان قيل** ما الفرق بين هذا وبين ما اذا كاتب او اعتق عبده على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة وان ادى اعتق وعلى العبد قيمته **اجاب** بقوله بخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه اي في العبد متقوم حتى لو غصب وجب القيمة على الغاصب وما رضي بزواله الا بعوض وقد عجز عن تسليم البدل لعدم تقومه لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة اما ملك البضع في حالة الخروج

فهو متقوم على ما يذكر بعد هذا بقوله والنفقة فلا يلزم منها شيء في هذا الجواب بالنسبة الى الخلع ظاهر
كما ترى وكذا بالنسبة الى المكاتب لان ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل فصار المسمى
البدل فسدت الكتابة واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع واما
عتق المكاتب اذا ادى الخمر المسماة لان في الكتابة تعليق العتق باداء المسمى وقد وجد الشرط فيعتق المشروط
قيل وفي قوله على خمر تلويح الى انه لو كاتب على ميتة او دم فالكتابة باطلة حتى لو ادى لم يعتق ولا تجب القيمة
(وقوله) بخلاف النكاح الفرق بينه وبين الخلع حيث يصح ويجب مهر المثل والخلع ولم يجب شيء لان البضع
في حالة الدخول متقوم ولهذا اذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال والنفقة ما ذكرنا وقد
(قال) وما جاز ان يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس لان ما يصلح ان يكون عوضا
للمتقوم اولى ان يصلح عوضا لغيره ولا ينعكس فلو اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز وله ما في بطونها وقت
الخلع دون ما حدث بعده ولو تزوج امرأة على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة
لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وان كان بعرضية ان يصير مالا بالانفصال لكنه بالنظر الى ذلك
يكون في معنى الاضافة او التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق ولا الاضافة
فكذلك العوض الآخر واما الخلع فاحد العوضين وهو الطلاق يحتمل الاضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض
الآخر فامكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المآل فاذا صحت التسمية فله المسمى ان وجد وان لم يكن في بطونها
شيء فلا شيء له لانها ما غرته لان ما في البطن قد يكون شيئا متقوما وقد يكون ريحا فان قالت خالعني على ما في يدي
ففعل ولم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا
وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة لكن جهالتهما دون ذلك يكون معناه لجهالة المسمى واذا كان
المسمى مجهولا كانت القيمة اكثر جهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج كما تقدم فتعين
ايجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه (قوله) ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم واصح
(وقوله) وكلمة من هاهنا للصلة اشارة الى ما يقال اذا كان في هذه الصورة درهمان او درهم يجب ان لا يجب
عليها شيء غير ذلك لان كلمة من للتبعيض فكانه اراد بكونه صلة ان يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما في
قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان ومنهم من ضبط نقل الكل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو صلة
زيدت لتقصيص الكلام فانها لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم اختل الكلام واذا لم يكن للتبعيض كان الجمع فيما
نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم (واعترض) بان ما ذكرنا من الاختلال ليس بصحيح لان قوله
دراهم يجوز ان يكون بيانا ايضا ويكون تقديره خالعني على الدراهم وان اللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود
يبطل الواحد فلو كان في يدها درهم واحد وجب ان يكتفى به ولا يلزمها الزيادة (والجواب) عن الاول
ان هذا المنع لا يضرنا لانه اذا كان تقدير كلامها خالعني على دراهم لزمه من ضمانه يعني ان لا يطالب بتحصيله
وتسليمه بل ان حصل تسلمه اليه والا فلا شيء عليها لم يبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت
لانه عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا يقتضيه العقد فيبطل
دون الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة (فان قيل) سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان تفسد التسمية
لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت
منه على دابة (اجيب) بان العقد اذا كان صحيحا كان ما يبطله من الشروط ساقطا والساقط لا يؤثر في
فساد شيء وانما فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستفحشة لكونها تشمل انواعا مختلفة
من الحيوان (فان قيل) الخلع كما يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح
فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى ايضا (اجيب) بان استحقاق التسليم فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز

والبيع

والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تملك الشيء الانتفاع
به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه تفوته المقصود وكذلك اشتراط البراءة عن العيوب (وقوله)
وعلى هذا النكاح يعني اذا تزوج امرأة على عبد ابق على انه بريء من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه ان قدر واذا
قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف وكلامه واضح وان قالت طلقني ثلاثا على الف
درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي ولا شيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وقعت تطليقة
بائنة بثلث الالف لان الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى
ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء واذا كان معاوضة انقسم اجزاء العوض على اجزاء المعوض
ولابي حنيفة ان كلمة على للشرط حقيقة قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا اي بشرط عدم الاشراك
بالله ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا ووجه المجاز ما ذكره المصنف انه استعير
للشرط لانه يلازم الجزاء وكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم واذا كان الشرط والمشروط لا يتوزع
على اجزاء الشرط وفيه بحث من وجهين احدهما ان جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على
المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ما ذهبتم اليه مجاز وما ذهبنا اليه مجاز ايضا وليس احد المجازين
اولى من الآخر فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض (والجواب)
عن الاول ان المال فيها لما كان تابعا للطلاق جاز ان يقبله تبعا لمتبوعه وان لم يقبله مستقلا وعن
الثاني ان اللزوم بين العوضين بالتناوب وبين الشرط والجزاء بالذات وكان جعله الشرط مجازا اقرب الى
الحقيقة والمجاز الاقرب الى الحقيقة اولى لما عرف في الاصول (قوله) على ما مر اراد به قوله لان حرف
الباء يصحب الاعواض واذا اوجب المال كان طلاقا مبتدأ غير مبني على سؤالها فوقع وله الرجعة (ولو قال)
الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف فظاهر ولو قال لها انت طالق على الف او بالف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا
لانه من جهته يمين يصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ
ان كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح
رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس (وقوله) لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك نظر
الى ان معنى قوله على الف على شرط الالف يكون لي عليك انما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما فلا فرق
بين العبارتين (وقوله) والعوض لا يجب بدون قبولها (وقوله) في المعلق بالشرط لا ينزل قبل
وجوده يحتاج الى ان يضم اليه وجوده يكون الالف عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول (فاذا قبلت)
في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا يعني في اول هذا الباب من
الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله ولانها لا تسلم المال الا
لتسلم لها نفسها ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت وكذلك الحكم ان لم تقبل او قال لعبده على كل واحد
منهما الالف اذا قبل المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا معتبر بقبولهما وعندهما
يجب على العبد والمرأة المال والحاصل انهما ان لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق وعنده كما اذا قبلا وعندهما
اذا لم يقبلا لم يقعا لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة
بدرهم والخلع معاوضة فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة الحال كما لو قال انت طالق بالف درهم فقبلت
ولهما ايضا طريق آخر وهو ان تجعل الواو للحال كانه قال انت طالق في حال ما يجب لي عليك الف ولا يكون
ذلك الا بعد قبولها فاذا قبلت وجب الالف ولابي حنيفة ان قوله وعليك الف جملة تامة من مبتدأ وخبر
وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل هاهنا لان الطلاق
والعتاق ينفكان عن المال بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض بخلاف البيع والاجارة لانهما

لا يوجدان دونه اي دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلا ولو قال
انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلاثة ايام فقبلت طلقت والخيار باطل اذا كان
للزوج وجايز اذا كان للمراة فان ردت الخيار في الثلاث بطل الطلاق وان اجازت الطلاق او لم ترد
الخيار حتى مضت ايامه وقع الطلاق ولزمها الالف عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الخيار باطل
في الوجهين والطلاق واقع وعليها الالف لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد وللمنع بعد الانعقاد وهما
لان التصرفين يعني ايجاب الزوج وقبول المراة لا يحتملان الفسخ من الجانبين اما من جانبه فلانه يمين
لانه ذكر شرطا وجزاء يعني واليمين لا تقبل الفسخ واما من جانبها فلان قبول المراة شرط تمام اليمين
فانه يمين الزوج يتم بقبول المراة فاخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ ولابي حنيفة رحمه الله ان
الخلع من جانبها بمنزلة البيع الا ترى انها لو رجعت صح ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع واذا كان
كذلك صح اشتراط الخيار فيه واما في جانبه فيمين لانه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف ما وراء المجلس ولا خيار
في الايمان **فان قيل** تدين انه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ **اجيب** بان كونه شرط
يمين لا يمنع ان يكون في نفسه تمليكا كمن قال لامراته بعتك هذا العبد بكذا فعبدك هذا حر انه تعليق
بالمعاوضة فلم يمنع كونه معاوضة ان يكون شرطا ليمين واذا كان كذلك ثبت فيه الخيار ثم لما بطل القول
بان ردها الخيار لكونه شرطا لم يبق الا الوصف وهو انه تمليك مال وجانب العبد في العتاق مثل
جانبها في الطلاق يعني يصح الخيار من العبد اذا اخرج في الاعتاق على مال كما يصح الخيار في الخلع من جانب
المراة ومن قال لامراته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ووجه
الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فانه تعليق الطلاق بقبولها المال ولهذا لا يصح الرجوع عنه والاقرار
به اي باليمين على تاويل الحلف والمذكور لا يكون اقرارا بوجود الشرط لصحته اي لصحة اليمين بدونه
اي بدون الشرط واما البيع فلا يتم الا بالقبول فلهذا ملك الرجوع قبل القبول فالاقرار به اي بالبيع اقرار بما
لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع عنه عن الاقرار وهو غير مسموع **قال** والمبارأة كالخلع والمبارأة
المهموز مفاعلة من بارأ شريكه اذا ابرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمز خطا كذا في المغرب والاصل
في هذا الفصل ان المبارأة والخلع كلاهما يسقطان حق كل واحد من الزوجين على الاخر مما يتعلق بالنكاح
كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لان للمختلعة والمبارأة النفقة والسكنى ما دامت في العدة
به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف
معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المبارأة فلو كان مهرها الفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم
من مهرها فليس لها ان ترجع على الزوج بشيء في قول ابي حنيفة وفي قولهما ترجع عليه باربعمائة ولو كانت
قبضت الالف ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف
وان اضافتها على المسمى معلوم معروف في سوى الصداق فان كانت المراة مدخولا بها والمهر مقبوضا فعلى المراة
تسليم الى الزوج ولا يتبع احدهما الاخر بعد الطلاق بشيء وان كان المهر غير مقبوض فعلى المراة ما تسلم الى الزوج
بدل الخلع ولا يرجع على الزوج بشيء من المهر عند ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا كانت المراة غير مدخول
بها والمهر مقبوض فان الزوج ياخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول
عند ابي حنيفة وان لم يكن المهر مقبوضا ياخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر
عند ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه كالجواب في الخلع عند محمد
وعند ابي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند ابي حنيفة لهما ان هذا اي كل واحد من الخلع والمبارأة
وفي المعاوضات تعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين واجب بسبب اخر وعلى ذلك لا يسقط بهما

من ذلك

ومن ذلك نفقة عدتها لا تسقط لانه كان من حقوق النكاح ولابي يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها قبل
او على تاويل المذكور مطلق فيعمل باطلاقه في حقوق النكاح لدلالة الغرض وهو وقوع البراءة عما وجبت البراءة لاجله
وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط ما وجب باسقاط تلك
الوصلة كذا في بعض الشروح وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتعتمد البراءة الحقوق
الواجبة بالنكاح اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في ملك النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام
ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع ينبي عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو انفصال العامل
عنه والفصل لا يكون الا عن وصلة ولا وصلة الا بالنكاح وحقوقه اللازمة به وقد يصدر مطلقا من
غير قيد بالنكاح كالمبارأة فيعمل باطلاقه كما في المبارأة في النكاح واحكامه وحقوقه ولا يكمل الفصل
وفي نفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع لتسقط به وانما تجب بعده شيئا فشيئا ومن خلع ابنته وهي
صغيرة بمالها لم يجز عليها لان ولاية الاب نظرية ولا نظر لها فيه اي في هذا الخلع لان البضع في حالة الخروج
غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث والبدل متقوم فمقابلته ما ليس بمتقوم بمالها فيه ليست
من النظر في شيء بخلاف النكاح فان الرجل اذا زوج ابنه الصغير امراة بمهر المثل صح لان البضع متقوم حالة
الدخول ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهو من وجوه
النظر واذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق او لا يقع فيه
روايتان في رواية يقع وفي اخرى لا يقع ومنشأ الروايتين قول محمد رحمه الله في الكتاب لم يجز فانه يحتمل
ان ينصرف الى الطلاق وان ينصرف الى لزوم المال والاصح ان الطلاق واقع وعدم الجواز منصرف الى المال نص
عليه في المنتقى فقال لان لسانه يعني الاب كلسانها ولو خالع امراته الصغيرة على مهرها فقبلت وقالت الصغيرة
لزوجها اخلعني على مهري فخلع وقع الطلاق بغير مال واختاره المصنف وقال والاصح انه يتعلق بشرط قبوله
اي قبول الاب فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل ان يقول ان دخلت الدار وغيره وفي ذلك يقع اذا وجد الشرط
فكذلك اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة فلو انعقد
من الاب انعقد بطريق النيابة الا ان هذا لا يقوى فان الاب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين وشرط اليمين
يصح من كل احد وان خالعها على الف على انه اي الاب ضامن فالخلع واقع والالف عليه اي على الاب ومعنى الضمان
ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها احد
ووجه ذلك ما ذكر ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل
البدل في ملكه فعلى الاب اولى وذكر في وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير
بيعا وشراء واجارة وابتياعا وابضاعا ولا يجوز هذا التصرف من الاجنبي ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه
تصرف من التصرفات فلما جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له ولاية عامة التصرفات [illegible]
في مال الصغير فلان يجوز من الاب وله ذلك اولى وفيه تامل فان التصرف في مال الصغير انما يجوز الاولوية
ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغير وليس كذلك فكانت تلك الولاية وعدمها سواء ولعل الاولى ان يقال الخلع
تصرف دائر بين النفع والضرر ونفعه كقبول الهبة على ما قيل فاذا كان التزام بدله من الاجنبي صحيحا
مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها اولى **فان قلت** على ما ذكرت من كون الاجنبي في
معنى المراة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده على مال على الاجنبي
كما يصح على ما طلبه لانه لا يدخل في ملك الاجنبي شيء كالعبد وليس كذلك **قلت** يحصل للعبد حرية نفسه
التي هي قوة معنوية وسبب لحصول الاملاك وليس الاجنبي كذلك لانه لا يحصل في الخلع شيء سوى الحرية والقوة

والخلع يرفع المنافع ليحمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه اثبات شيء بخلاف العتق **قوله** وان شرط الالف
بضمانة الزوج اي شرط الالف على الصغيرة توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول لانها تعقل العقد وتعبر
عن نفسها فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب
عنها ففيه اي في هذا القبول روايتان في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير
مال فيصح من الاب كقبول الهبة كذا في مبسوط فخر الاسلام وفيه نظر وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى
شرط اليمين وذلك مما لا يحتمل النيابة وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت
طلقت ولا يسقط المهر لوجود الشرط وهو القبول لانها ليست من اهل الغرامة وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين
في رواية يصح وفي الاخرى لا يصح ووجه الروايتين ما ذكرناه انفا وان ضمن الاب المهر لزمه معناه اذا خالع
الاب مع الزوج والتزم المهر على ذمته وهو الف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه
خمسمائة استحسانا لان فرض المسئلة فيما اذا كانت غير مدخول بها وكان المهر الفا فاضاف الخلع الى
مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو
خمسمائة فكان خالعها على خمسمائة صحيحا وفي القياس يلزمه الالف بحكم الضمان واعلم ان ضمان الاب
بالمهر وهو الف درهم اذا صح لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون مدخولا بها او لا فان كانت فلها على
الزوج جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان الف درهم وان لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لان النصف
الاخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب الف درهم بحكم الضمان في القياس واما في الاستحسان
فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود سلامة الالف وقد حصلت اذ الالف سقط بالطلاق قبل الدخول
والنصف الاخر الذي ترجع به المرأة عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الاب هذا اذا لم يقبض المهر واما اذا
قبضت كله فرجع الزوج بالنصف الاخر على الضامن فيسلم له جميع الالف ولا معتبر باختلاف التسمية عند
اتحاد المقصود واصل هذه المسئلة في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ولم تقبض شيئا
فالقياس ان يجب عليها خمسمائة للزوج لان خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت
المرأة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة لان لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط
نصف المهر فيجب عليها خمسمائة زائدة على الالف تتميما للالف التي لزمتها وفي الاستحسان لا شيء عليها لان مقصود
الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شيء بالعقد على ذلك واما اذا قبضت جميع المهر فعلى
القياس ترد المرأة الالف وخمسمائة الالف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان
ترد الالف لا غير خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول **وقوله** زائدة بالجر لان الصفة تتبع الموصوف
في الاعراب كما في قوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في النهاية وقال العبد قال شيخي رحمه الله مرارا والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الظهار

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة في اول كتاب منها يحتاج الى وجه تقديم الظهار على اللعان
ووجهه انه اقرب الى الاباحة من سبب اللعان فان سبب اللعان عند اصحابنا قذف الرجل منكوحته يوجب حكم القذف
وموجب للحرمة المؤبدة محضة بغير شائبة الاباحة والظهار في اللغة قول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي وفي اصطلاح الفقهاء
تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقا بنسب او رضاع او مصاهرة وانما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل
لامرأته انت علي كظهر فلانة وهي ام المزني بها او ابنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من العلماء من يقول الحرام لا يحرم الحلال
وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان اية الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة وشرطه كون المظاهر عاقلا بالغا مسلما
والمرأة من نسائنا وركنه قوله لامرأته انت علي كظهر امي او ما كان في معناه وحكمه حرمة الوطء والدواعي مع بقاء اصل الملك
الى غاية الكفارة فاذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها
حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان
يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير
مزيل للنكاح وبيان ذلك ان احدهم في الجاهلية اذا اراد ان يطلق امرأته جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع
التي لا يطلع عليها من امه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا فاعدوا موضعا احسن في الذكر واستر
مع اصابتهم المعنى الذي ارادوه فاستعملوه دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت اوس بن الصامت
وكان شيخا قد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته في بعض ما امرني به فقال انت علي كظهر امي ثم خرج فجلس في نادي قومه
ثم رجع الي فراودني عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله ورسوله
في ذلك فوقع علي فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جاراتي فاخذت ثيابا فلبستها واتيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبرته بذلك فجعل يقول يا خولة زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسني اليه فجعلت
اشكو الى الله ما ارى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند نزول الوحي
فلما سري عنه قال انزل الله فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله تعالى قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي
الى الله الى اخر ايات الظهار ثم قال مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله فقال مريه ان يصوم شهرين
متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شيء يا رسول الله
فقال انا سنعينه بعرق فقلت وانا اعينه ايضا فقال افعلي واستوصي به خيرا وقال علماؤنا رحمهم الله المراد من
العود هو العزم على الجماع الذي هو امساك بالمعروف وقال الشافعي رحمه الله المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب
الظهار **قوله** وهذا اشارة الى نقل حكم الظهار عن الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة وبيانه ان الظهار جناية
لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا والمنكر ما ينكره الحقيقة
والشرع والزور هو الكذب والباطل والجناية تناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء
اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يحرم الدواعي لان التحريم في قوله
تعالى من قبل ان يتماسا والمس في القران كناية عن الجماع واجاب صاحب الاسرار بان المس حقيقة في المس
باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز بخلاف الحائض والصائم حيث لا يحرم الدواعي فيهما لانه
يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي افضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام وسيأتي في كتاب الكراهية فان
قيل لما كثر وجودهما كان ادعى الى شرع الزاجر من الظهار فلم انعكس الامر اجيب بان اوقات الحيض والصوم
وان كان كثيرا لكن اوقات الطهر والافطار اكثر فلما كان الجماع موجودا فيها ظاهرا لم توجد
فتور رغبتهم في الجماع فلا يليق فيه ايجاب الزاجر لان ايجاب الزواجر مع وجود الجماع ويفتر الرغبة
فلا يحتاج الى ايجاب الزاجر فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى اي الكفارة
الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا يعاود الوطء حتى يكفر لما روي ان سلمة بن صخر البياضي قال لرسول
الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امرأتي ثم ابصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها فقال صلى الله عليه وسلم
استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال ما ذكر بقوله ولو كان شيء اخر واجبا لنبه عليه **قال** هذا اللفظ
اشارة الى قوله وانت علي كظهر امي يعني هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار فلو نوى به الطلاق او الايلاء او قال لم انو به
شيئا يكون ظهارا لا ايلاء اي كونه طلاقا منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به لان في ذلك تغيير موضع الشرع وليس

للعبد ذلك وان قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة
بالمحرمة اللازم في الحالة والحرمة للعبد اي المحللة نكاحا لا بملك اليمين بالمحرمة تأبيدا لا توقيتا وهذا المعنى
اي التشبيه يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه كالاعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر
لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها وقوله وكذا اذا شبهها بعضو لا يحل النظر اليه ظاهر
وان قال راسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك كان مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها
عن جميع البدن فيكون تشبيها لجميع المرأة كتشبيه ذات المرأة ولو قال نصفك او ثلثك او ربعك كظهر امي
كان مظاهرا لان الحكم يثبت في ذلك الجزء ثم يسري الى سائر البدن كما بينا في الطلاق ولو قال انت علي مثل
امي او كامي احتمل وجوها فيرجع الى نيته لينكشف ذلك وكلامه ظاهر وقوله فان لم تكن له نية فليس بشيء
عند ابي حنيفة وابي يوسف ذكر في المبسوط قول ابي حنيفة رحمه الله كقول محمد وعن ابي يوسف فيه
روايتان احديهما كقول محمد لانه قال لا تكون الا ايلاء اذا قال هذا في حالة الغضب فالتحريم به انما يتحقق في
الغضب وهو ظاهر وعنه انه قال ايلاء لان الام محرمة عليه بالنص قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وكان
قوله انت علي كامي بمنزلة قوله انت علي حرام وقد بينا في هذا اللفظ انه اذا لم ينو شيئا يثبت اقل الوجهين وهو الايلاء
وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف على الحكم في الكتاب ان كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل
عليه لانه يتبين خلافه بالنية والغرض عدمها ووجه قول محمد ان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه
بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين فان الحرمة
الثابتة بالايلاء ادنى من الحرمة الثابتة بالظهار اذ حرمة الايلاء اخرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى وحرمة
الظهار لمشابهتها وهو انه منكر من القول وزور ولان الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع الا بالكفارة والثابتة بالايلاء
ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه مما دل على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها وعند
محمد ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى طلاقا او ظهارا فهو على ما نوى لانه
يحتمل وجهين فيصدق فيه ما صرح بالحرمة وشرع كلامه محتملا للكرامة كما في المسألة الاولى وجهها ظاهر وان لم
يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما في قوله ليكون الثابت ادنى الحرمتين وقوله
لان كاف التشبيه تختص به وان قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة
رحمه الله وكذا اذا لم ينو شيئا كذا في المبسوط وقالا هو على ما نوى ان نوى ظهارا او ان نوى طلاقا فطلاق
وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابي في شرحيهما الجامع الصغير لان التحريم يحتمل وثبته
المحتمل صحيحة غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا يعني يقع الطلاق
بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار لا يصدق في صرف الكلام عنه الى غيره قضاء بمنزلة قوله انت طالق ولو قال
لامرأة معروفة بهذا الاسم وقال ازدت امرأة اخرى اواما اعتقت يقع الطلاق على زوجته ثم بنيته وعلى هذا المعروفة بالظهار
وضعفه شمس الائمة السرخسي بان الطلاقان وقع بقوله انت علي حرام كان مشكلا بلفظ الظهار يعنيها بانت والظهار
بعد البينونة لا يصح وانه قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت علي حرام قلنا اللفظ الواحد يحتمل معنيين
مختلفين واجاب الامام ظهير الدين عن هذا فقال يصح ظهار المبانة على قوله وكان في رواية ما نص على صحة ظهار
المبانة على قوله وكان في رواية ما نص على صحة ظهار المبانة فهذا اولى بان هذا الكلام صريح في الظهار فقلنا لو لم يكن نيته يكون
ظهارا فلا يصدق في ابطال حكم الظهار ويصدق في ارادة الطلاق لا عترافه به وقوله وقد عرف في موضعه
يعني في مبسوط شمس الائمة ولابي حنيفة رحمه الله ان قوله انت علي كظهر امي صريح في الظهار ولهذا لا يحتاج
في الالا يحمله الى النية فلا يحتمل غيره من الطلاق والايلاء وهو حكم لغيره لاحتمال الحرمة وقوله انت علي حرام
يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر فيرد التحريم اليه اي الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل على المحكم ولا يكون الظهار

الامن الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ولان الحل
في المملوكة تابع بدليل انه لو اشترى امة فوجدها محرمة عليه برضاع او مصاهرة لم يثبت المشتري ولاية
الرد بسبب الحرمة فلا يكون الامة في معنى المنكوحة حتى تلحق بها ولان الظهار منقول عن الطلاق
ولا طلاق في المملوكة وعورض بان الامة محل الظهار بعلة فيجب ان يكون محلا استدلالا لو ظاهر من امرأته
وهي امة ثم اشتراها فانه يبقى حكم الظهار وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في
النكاح والجواب ان بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار انها محل للظهار بقاء وانما هو باعتبار ان حرمة الظهار
اذا صادفت المحل لا يزول الا بالكفارة وههنا قد صادفت محلا فيبقى الى ان يوجد الكفارة فهي بمنزلة
الحرمة الثابتة بالطلاق فانها اذا طلقت ثنتين لم تحل بعد ذلك بسبب ما لم تتزوج بزوج آخر فان
تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجاز النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف لانها
محرمة قبل الاجازة فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكر
من القول وقوله والظهار ليس بحق من حقوقه اي حقوق النكاح جواب سؤال تقريره الظهار ومبنى على الملك
والملك موقوف فينبغي ان يكون الظهار موقوفا على الاجازة كما في اعتاق المشتري من الغاصب على اجازة
المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب وتقرير الجواب ان الظهار ليس من حقوق النكاح ولو لزم من ذلك
يلزم من توقف النكاح على الاجازة توقف الظهار عليها والدليل على انه ليس من حقوقه ان النكاح امر مشروع
والظهار ليس بمشروع لانه منكر من القول فما لا يكون مشروعا لا يكون من حقوق المشروع بخلاف اعتاق المشتري
من الغاصب لانه اي الاعتاق من حقوق الملك لكونه منهيا الملك ومتمما له ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي
كان مظاهرا منهن جميعا وان قرب الكل يعني لما ذكره يجب عليه كفارات ولا تجب كفارة واحدة لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم

ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه الى غاية ذكر في هذا الفصل ما ينتهي تلك الحرمة وهي الكفارة
وسببها الظهار والعود جميعا فان الله تعالى علق العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليه بالفاء
وانما كان كذلك والله اعلم لان الظهار منكر من القول وزور ليس فيه جهة اباحة فلا يصلح ان يكون سببا للكفارة
لان سببها لا بد وان يكون مرددا بين الحظر والاباحة على ما عرف في الاصول فضم اليه العود تماما
لكونه نقض المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقل لها حتى لو عاد بالعزم على الوطء ثم ابانها او
مات لم يلزمه الكفارة ولو عاد ثم تركها له ان لا يطأها سقطت فان قيل لو كان العود سببا للكفارة لما جاز
اداء الكفارة بعد الظهار وقبل العود حقيقة لان تعدد الحكم على الشيء لا يجوز وهو جائز فالجواب ان المراد
بالعود حقيقة ان كان العمل فهو ليس بسبب وان كان هو العزم فلا تعجيل لتقديم الكفارة عليه ثم
يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت لانهاء الحرمة الثابتة بالظهار ولا على ابقاع الفعل حلالا لا بعدها
الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص
الموجب للكفارة وهو ما في الكتاب من قوله تعالى فتحرير رقبة فان العتق فيه لا ينوب عن الكفارة الا ترى انه
لو ورث اباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها وقوله من كل وجه متعلق بالموقوف دون المملوك لان الكمال
في الرق شرط دون الملك ولهذا لو اعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا يخرج عن الكفارة ولو اعتق المدبر عنها لم يجز والفرض

على المصنف من وجهين احدهما انه لم يسمع عن ائمة اللغة رقّه حتى يشتق منه المرقوق وانما يقال رقّ
فلان اذا صار رقيقا اي عبدا واجيب عنه بان الازهري حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما
لغة والثاني ان تذكير الذات لحن فكان الصواب ذات مرقوقة مملوكة واجيب بان الذات تستعمل استعمال
النفس والشيء فتذكيره باعتبار المعنى الثاني **وقوله** والشافعي رحمه الله يخالفنا اي لا يجوز اعتاق الرقبة
الكافرة في الكفارة لان الكفارة حق الله وحق الله لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص
عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق **وقوله** وقصده من الاعتاق التمكين من الطاعة جواب عن قوله
الكفارة حق الله وتقريره ان قصد المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن
خدمة المولى ثم مقارنته المعصية اي بقاؤه على ما كان عليه من الكفر يحال به الى سوء اعتقاده
واختياره ولقائل ان يقول مقارنته المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم لا يكون تصور ذلك منه
مانعا عن الصرف اليه كما في قوله صلى الله عليه وسلم خذها من اغنيائهم وردها الى فقرائهم اخرجهم عن
المصرف **قال** ولا تجزئ العمياء اي لا يجوز اعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان او انثى وكلامه ظاهر والضابط
في تخريج ما يجزئ به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجزئ هو انه متى اعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقرونا
بنية الكفارة وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله
رقبة احتراز عما اذا اعتق نصف رقبة ثم جامعها ثم اعتق النصف الآخر لم يجز وان اعتق النصف قبل
الجماع جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما اذا اعتق
عبده ثم نوى عن الكفارة فانه لا يقع عنها وان نوى عند تعليق الاعتاق لا يجوز ايضا **وقوله** بلا بدل احتراز
عما اذا اعتق عبده على بدل فانه لا يقع عن الكفارة وقائما احتراز عن فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصير
في ذلك الجنس هالكا فكان قيام الشخص بما فيه **وقوله** ويجوز الاصم والاصح وقوله لان فوت البطش
بهما يعني اليدين بما يزول به تلك القوة كالدماغ فقطع الاصابع كلها لا تكتطع جميعها **وقوله** والذي يجن ويفيق
يجزيه يعني اذا اعتقه في حال افاقته ولا يجزئ عتق المدبر وام الولد لانه ليست بكاملة لاستحقاقهما الحرية
فكان الرق ناقصا فيهما اذا ثبت فيه شيء من القوة الحكمية زال ينعتقان بالموت شيء من الضعف الحكمي **وقوله** فانه
المدبر استثناء لا يعتق الا بقوله فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة عند الشافعي جائز وكان هذا احتجاجا علينا
مما عندنا **وقوله** علينا بمنا التجارة الى قوله ولهذا يقبل الكتابة الانفساخ وقوله صلى الله عليه وسلم
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم
وقوله والكتابة لا تنافيه دليل آخر وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة ولم يزل رقه بها لان
الشيء لا يزول الا بما ينافيه والكتابة لا تنافي الرق لانه اي عقد الكتابة اوذكر باعتبار الحجر فك الحجر اذ لم يملك
به المكاتب الا المنافع والاكتساب كالاعارة والاجارة وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالاذن في التجارة فان
قيل لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون **اجاب**
بقوله الا انه اي عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من جانبه اي من جانب المولى **وقوله** لو كان مانعا
جواب بطريق التنزل يعني لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن الاعتاق عن الكفارة لكنه اذا اعتقه عن
الكفارة ينفسخ قبل الاعتاق بمقتضى الاعتاق اذ هو محتمل اي عقد الكتابة يحتمل الفسخ **فان قيل** لو صح
اعتاقه بالتكفير وانفسخ عقد الكتابة بمقتضى الاعتاق لسلم الاولاد والاكتساب للمولى كما اذا اعتق عنه المأذون
بجهة التكفير وله اكتساب اجاب بقوله الا انه يسلم له اي للمكاتب الاكتساب والاولاد لان العتق في حق المحل يعني
المكاتب بجهة الكتابة واذا كان كذلك لا يخرج الاكتساب والاولاد عن ملكه كما لو اعتق باداء بدل الكتابة وهذا
لان الفسخ لا يصح الا برضى المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيقدر دلالة انما يتحقق اذا سلمت له الاكتساب والاولاد

فيجعل

فيجعل العتق بجهة الكتابة لانه لا يختلف لا في ذاته ولا باختلاف الجهات وحصل الاعتاق للتكفير لان المولى
قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا الى ما بيّنّا اولا ان الفسخ ثبت ضرورة صحة الاعتاق فلا يظهر في
حق الاولاد والاكساب **وقوله** وان اشترى اباه او ابنه **وقوله** خلافا لزفر اذا كان المعتق معسرا يعني
انه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق فان قيل يجب ان يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق معسرا لانه
يضمن حينئذ بناء على ان الاعتاق عندهما لا يتجزأ اجيب بانه انما لم يجز لانه وجب هذا الدين بسبب
الاعتاق فلا يكون العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة ولابي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه لتعذر
استدامة الملك فيه ثم يتحول اليه بالضمان ما انتقص منه فكان في المعنى اعتاق عبد ناقصا ومثله يمنع الكفارة
فان قيل المضمونات تملك باداء الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك
المعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع الكفارة على ما ذكره فيما يليه
اجيب بان الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما على ما عرف
في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما على ما عرف في كتاب ولم يثبت الملك في حقها مستندا ولزم
النقصان المانع فان اعتق نصف عبد عن كفارته ثم اعتق باقيه جاز لانه اعتقه بكلامين من غير نقصان فيه
فان قيل قد يمكن فيه النقصان لما مر فالنقصان مانع اجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق
بجهة الكفارة فانه اعتق النصف ونقص النصف الآخر ثم اعتق ما بقي ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية
فاصاب السكين عينها فان النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع وكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة
بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن في ملك الشريك حيث لا يمكن ان يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مضموما
الى الكفارة لعدم الملك له في ذلك النصف فيبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة فاذا ضمن قيمة النصف
الباقي واعتقه فقد صرفه الى الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل كانه اعتق عبدا الا قدر النقصان **وقوله**
فهذا اي جعله اعتاقا بكلامين على اصل ابي حنيفة يتجزأ الاعتاق واما عندهما فالاعتاق لا يتجزأ فاعتاق
النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وعلى هذا مبنى المسئلة التي يليها وهي ظاهرة الا انه اعترض على قوله
النصف حصل بعده بان ذلك اعتاق حصل بعد هذا وان كان كلاما فهو اعتاق بعد المسيس فينبغي ان لا يجوز
عن الكفارة واجيب بانه انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني فصار اعتاق نصف العبد
كان لم يكن وكانه قد جامع قبل الكفارة فيجب ان لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك **قال** واذا لم يجد المظاهر
ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين فان صام بالاهلة جاز وان كان كل شهر
تسعة وعشرين وان صام بغير الاهلة فافطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل وكذا اذا
دخل في صيامه شهر رمضان او يوم الفطر او يوم النحر او ايام التشريق كما ذكر في الكتاب
وهو واضح وان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين عامدا او نهارا ناسيا استأنف الصوم عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستأنف وجماع غير التي ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فانه
كان وطئا يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع ولزمه الاستئناف بالاتفاق وان لم يفسد كجماع
التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه عامدا يستأنف بالاتفاق وان ذكر العمد فيه في
الليل فيعد تتابعا فالاختلاف في الوطء بالليل سواء كان عامدا او ناسيا وكذا في الاختلاف في وطء المفسد للصوم
لابي يوسف ان هذا الوطء لا يفسد به الصوم فلا ينقطع التتابع لانه لم يترك ما هو الشرط اذ التتابع هو
الشرط في كون الصوم كفارة وقد وجد فان قيل تقدم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد اجاب بقوله
وان كان تقديمه على المسيس شرطا فيما ذهبنا اليه تقدير البعض وفيما قلتم يعني الاستئناف تأخير
الكل عنه وتأخير البعض اهون من تأخير الكل ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون

خاليا عن المسيس والشرط الثاني من ضرورة الاول لان تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه وهذا
الشرط اي الشرط الثاني وهو الخلو عنه ينعدم به اي بالمسيس فينعدم المشروط فيجب الاستيناف لان الاتيان
الاتيان به قبل المسيس وهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس والى هذا يشير كلام عامة الشارحين والثاني
ان يقال قوله وان يكون خاليا عن ضرورة تفسير الاول بطريق العطف لان ايقاعه قبل المسيس اخلاؤه عنه
بالضرورة فيختل بالجماع عدم الشرط وصار الصوم كان لم يكن وقد جامع التي ظاهر منها قبل الكفارة والحكم في
ذلك الاستغفار وترك العود الى الكفارة فيلزمه الاستيناف وهذا اقرب لحمله على الجواب عن قوله وان
كان تقديمه على المسيس شرطا الى اخره والجواب عن قوله انه لا يفسد الصوم فلا يقطع التتابع ان عدم الفساد
في النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى الى قطع التتابع وفي العمد لعدم القائل بالفصل فان
افطر يوما منها بعذر كسفر او مرض او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وهذا احتراز
عما افطرت المرأة في كفارة القتل والافطار بعذر الحيض فانها لا تستانف لانها معذورة عادة اذ لا تجد شهرين
متتابعين لا حيض فيهما ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق في اخر يوم من الشهرين
فان كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل قبل حصول المقصود
بالبدل وان كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته وقوله وان ظاهر العبد ظاهر وقوله او قيمة ذلك اي
من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما في الاعداد المنصوصة فلا تجوز اداء قيمته اذا كانت اقل قدرا مما
قدره الشرع وان كانت اكثر حتى لو ادى مكانه قيمته حتى لو ادى نصف صاع من تمر جيد يبلغ قيمته نصف
صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو ادى اقل من نصف صاع حنطة تبلغ قيمته صاعا من تمر او شعير لا يجوز
اذ الاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس اخر هو منصوص عليه
وان كان في القيمة اكثر لانه لا اعتبار بمعنى النص في المنصوص عليه وانما الاعتبار له في غيره وقوله في حديث
اوس بن الصامت هو اخو عبادة بن الصامت واوس هو زوج خولة بنت ثعلبة وهي المجادلة التي نزلت فيها
اية الظهار وقد تقدم واما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان المذكور في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا في
المبسوط وذكر في المغرب سلمة بن صخر البياضي وما ذكره المصنف موافق لما اورده الامام المستغفري في معرفة
الصحابة قال سهل بن صخر الليثي وقوله فيعتبر بصدقة الفطر يعني في المقدار ولكن بينهما فرق من وجه اخر
وهو ان التفريق هنا بان يعطي بعضه من حنطة وبعضه من اخر فغير جائز لان الواجب اطعام ستين مسكينا
فكان العدد معتبرا كالمقدار ومعنى فرق ... يوجد الاطعام المعتاد للمساكين واما في صدقة الفطر فالتفريق
جائز وقوله لكن ظاهر وقوله لحصول المقصود اذ الجنس متحد يعني من حيث الاطعام وسد الجوعة لان المقصود
من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالاخر واما اذا اختلف الجنس كما اذا اطعم خمسة مساكين
في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة والكسوة ارخص من الطعام فلم يجز لما ان المقصود بالكسوة
غير المقصود بالاطعام الا ترى ان الاباحة في احدهما تجوز دون الاخر واستشكل بما اذا اعتق نصف عبد
بان كان بينه وبين شريكه عبد فاعتق نصيبه منه عن الكفارة لا يجوز عنها وان اتحد الجنس من حيث
الاعتاق واجيب بانه انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة يمنع التكفير بهما
وقوله وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ظاهر وقوله فان غداهم وعشاهم بكلمة الواو لا باو لان التغدية
وحدها او التعشية وحدها لا تجزي لان المشبع المعتبر في اليومين اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما
غداءان وعشاءان لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المحيط عن ابي حنيفة اذا
غدى ستين وعشى ستين اخرين لا يجوز وقوله قليلا اكلوا او كثيرا يعني ان المعتبر انه وجد اطعام العدد
المعين وقد شبعوا ومنهم من قال لا يجوز لان الماخوذ عليه اشباع الستين فهو ما اشبعهم وقوله وقال

الشافعي

الشافعي رحمه الله متصل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة الا التمليك قياسا على الزكوة
وصدقة الفطر وهذا اي عدم جواز الاباحة لان التمليك ارفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان
المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم لانه جعل الغير طاعما وفي الاباحة ذلك اي
التمكين كما في التمليك فيتادى الواجب بكل واحد منهما اما بالتمكين فلدلالة عين النص واما بالتمليك فلاشتماله
على المنصوص عليه لانه اذا ملكه منه فاما ان يطعمه او يصرفه الى حاجة اخرى فكذلك يحصل التمليك مقام
المنصوص عليه اما الواجب في الزكاة فهو الايتاء لقوله تعالى واتوا الزكاة وفي صدقة الفطر الاداء لقوله
صلى الله عليه وسلم ادوا عمن تمونون وهما للتمليك حقيقة وقوله ولو كان فيمن عشاهم ظاهر وقوله وقد
اشار الى قوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الاباحة
فلا خلاف لاحد في عدم جوازه واما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يجوز
لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف الى الغني وبعدما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة الى سد
الخلة بصرف وظيفة اخرى اليه بخلاف كفارة اخرى لان المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم ولا
يمكن ان يجعل مثله في هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير بابلغ من هذا وقيل يجزيه لان الحاجة الى
التمليك تتجدد في يوم واحد اذا فرق بدفعات في يوم واحد كما في الايام بخلاف حاجة الاباحة
بالاطعام فانه اذا استوفى حاجته في يوم ينتهي حاجته الى الطعام ولا يتجدد الا بتجدد الايام وبخلاف
ما اذا دفع دفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وهو قوله فاطعام ستين مسكينا فلم يوجد لا حقيقة ولا
تقديرا فلا يجوز كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة قوله وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام
واضح وقوله المنع لمعنى في غيره يعني يوم القدرة على الاعتاق لا لعدم المشروعية في نفسه كالبيع وقت
النداء والصلاة في الاوقات المكروهة قال واذا اطعم عن ظهارين واذا اطعم المظاهر عن ظهارين ستين
مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يجزيه عنهما وان اطعم عن افطار وظهار اجزاه عنهما بالاتفاق له ان بالمؤدي وفاء بهما
والمصروف اليه محل لهما لان الفقير لا يخرج بالصرف الاول عن كونه مصرفا كما لو فرق في الدفع وكما اذا كان
الجنس الواحد لغو لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة والفرض عدمها فلغت النية واذا لغت
بقي كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها
كما اذا نوى اصل الكفارة فانه يقع عن احدهما بالاتفاق بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية
في حكم مسكين اخر وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل ظهار وجب بسبب على حدة وكانا بمنزلة جنسين
مختلفين فينبغي ان يقع عنهما والثاني انه لو اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه صحت نية التعيين ولم تلغ
وان كان الجنس واحدا ولهذا احتاج الى التعيين واجيب عن الاول بان النية معتبرة في الجنسين لا فيما كان
بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد وعن الثاني بان اعتاق الرقبة يصلح كفارة عن احد الظهارين قدرا ومحلا
فصحت نيته فاما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا فان صلح عن الظهارين قدرا لم يصلح لهما محلا
لان محلهما مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق فاذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب ان
يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو اعطى ثلاثين مسكينا كل واحد صاعا وقوله ومن وجبت عليه كفارتا ظهار
ظاهر وقوله احتياطا كما لو اعطى ثلاثين مسكينا كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء جواب الاستحسان والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر لخروج الامر من يده وان اعتق عن ظهارها وقيل المراد عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه
عن احدهما في الفصلين يعني في فصل الجنس ومختلفه وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل عن احدهما في الفصلين
لان الكفارات باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر جنس واحد والنية في الجنس الواحد لغو فبقيت نية اصل

الكفارة ولو نوى اصل الكفارة كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء فكذا هذا ووجهه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار
نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما لخروج الامرين بكم وكنا ان نية التعيين في الجنس المتحد لغو فبقي نية مطلق
نوى التوزيع في الجنس الواحد فكان لغوا واذا لغت صار كانه اعتق رقبة عن الظهارين فله ان يوقع عن ايهما شاء وذلك جائز
وله ان يصرفها الى ايهما شاء فكذا كذلك هنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لان نية التوزيع
في الجنس المختلف كانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان قيل لا نسلم اختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة
بالاعتاق في القتل والظهار واحد اجاب بقوله واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة باختلاف السبب وتقريره
ههنا باختلاف السبب فان القتل يخالف الظهار لا محالة واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لان الحكم ملزوم
السبب واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزوم ولما اختلف الجنس صحت النية فكان اعتاق رقبة واحدة
عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المصنف رحمه الله لكل واحد من
الجنس المتحد والمختلف بما ذكر في الفوائد الظهيرية فقال النظير الاول يعني الجنس المتحد اذا صام يومين قضاء
رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد على ما ذكرنا من الغاء نية التوزيع وبقاء اصل النية اذ الجنس
متحد والثاني يعني الجنس المختلف اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا يجزيه عن احدهما فان نوى من
الليل ان يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير صائما اذ الجنس مختلف ولعرض على هذا بما اذا نوى
عن قضاء ظهارين عليه فان الجنس متحد وتعيين النية لا يتبعه والا لا يقع عن واحد منهما واجيب بان الاتحاد
اتحاد الجنس لانه يختلف باختلاف الخطاب والسبب فان لكل منهما سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم
فان الجميع ثابت بخطاب بعينه من اول الشهر الى اخره والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المآب

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في اول الظهار واللعان في اللغة الطرد والابعاد يقال لاعنه ملاعنة ولعانا
ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب ايضا لان اللعن من جانب الرجل وهو
مقدم وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب نصا وسببه قذف الرجل امراته
قذفا يوجب الحد في الاجنبية وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما وركنه الشهادات
المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع بعد الفراغ من اللعان
قال واذا قذف الرجل امراته بالزنا وهما من اهل الشهادة اي من اهل ادائها وهذا لا يجري بين مملوكين
والمرأة ممن يحد قاذفها حتى لو لم يكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها او كان لها ولد
مجهول النسب لا يجري بينهما او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان فان قيل اللعان
يجري بين الاعميين والفاسقين وليسا من اهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد
لكونه شرطا في جانب الرجل ايضا حتى لو كان ممن يحد قاذفه لم يجر وان كانت ممن يحد قاذفها اجيب عن الاول
بانهما من اهل الشهادة ولو حكم الحاكم بشهادتهما جاز كذا في شرح الطحاوي والجامع الصغير لقاضي خان وعن الثاني
بانه انما شرط كونها ممن يحد قاذفها لينتقل القذف عن ايجاب حكم ما فانها اذا لم يكن كذلك لم يلزم حد ولا لعان
لان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضي احصانها بخلاف ما اذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه
وقذفها فانه يجب حد القذف لم يعمل القذف عن ايجاب حكم وقوله والاصل ان اللعان موجب قذف الرجل زوجته
كان حد القذف في الابتداء في الاجنبية والزوجة بعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية لما روي عن

ابن مسعود رضي الله عنه قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل انصاري فقال يا رسول الله ارأيتم
الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم
افتح فنزلت آية اللعان ولانه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن امية حين قذف امراته بشريك بن
سحماء ائت باربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك والا فحد على ظهرك فقال الصحابة الآن يجلد
هلال بن امية فيبطل شهادته في المسلمين فثبت ان موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ
ذلك باللعان فنظرنا في آية اللعان فوجدناها دالة على ان الاصل في اللعان ان يكون شهادات
مؤكدات بالايمان مقرونة في اللعن قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في
حقها لان الله تعالى قال والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم وجه الاستدلال ان
الله تعالى استثنى الازواج من الشهداء والاصل في الاستثناء ان يكون من الجنس ولا شهداء الا بالشهادة
ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان فكانت شهادات اكدت بالايمان بقوله الخامسة وقال الله تعالى
فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة بالايمان
ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم في حقه مقام حد القذف وفي
جانبها بالغضب لانهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا على ما ورد به الحديث انكن تكثرن اللعن فسقطت
وسقطت حرمة اللعن عن اعينهن فيصارهن يجترئن على الاقدام لكثرة جري اللعن على السنتهن وسقوط
وقعه عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعا لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادة
مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة اجيب بان الحد زجر والاشهاد بالله
كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل لو كان
اللعان قائما في حقه مقام حد القذف لجرى بالمرة الواحدة كالحد وليس كذلك فان من قذف
اربع نسوة له في كلمة واحدة يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد القذف
مرة واحدة واجيب بان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لا مطلقا لانه صار بدلا
عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات على ان ذلك الاختلاف للاختلاف
المقصود فان المقصود هناك دفع عار الزنا عن نفسه وذلك يحصل باقامة حد واحد وههنا لا يحصل المقصود
باللعان الواحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعضهن دون بعض والمقصود التفريق
بينه وبينهن ولا يحصل ذلك باللعان لبعضهن فيلاعن كلا منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان
عليه حد واحد لان موجب قذفهن الحد لعدم احصانه والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات
وانما قيد بقوله عندنا لان عند الشافعي رحمه الله اللعان ايمان مؤكدات بالشهادة فمن كان اهلا لليمين
كان اهلا للعان قال اذا ثبت هذا نقول يعني اذا ثبت ان الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات
بالايمان نقول لابد ان يكون الملاعن من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون المرأة
ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الاحصان ويجب بنفي الولد لانه لما نفى
ولدها صار قاذفا لها كما اذا نفى اجنبي نسبه وادعى انه للمعروف فانه يكون قذفا لامه كذلك ههنا
ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به
فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به وقال الشافعي رحمه الله لا يصير بنفي الولد قاذفا لها لم
يعلم انه من الزنا لجواز ان يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من
زوجك فانه لا يصير قاذفا ما لم يقل انه من الزنا بالاتفاق قال شيخ الاسلام والقياس ما قاله الا انا
تركنا بصورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يطأها او عزل عنها عزلا بينا

ولكن لا يعلم أنه يزني أو يوطئ عن شبهة فاكتفي بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة في حق الأجنبي ويشترط طلبها موجب القذف لأنه حقها لأنه باللعان يندفع عار الزنا عنها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فإن امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه لأنه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو أي يكذب نفسه ليرتفع السبب وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الأولى ليرتفع السبب أي سبب اللعان أي علته وهو التكاذب لأن اللعان إنما يجب إذا كذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا وأما إذا كذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة في الإنكار ثم لا يجري اللعان بعد ذلك وأما النسخة الأخرى فقيل إن كتب على رواية سبب اللعان لا يرتفع بإكذاب بل يتقرر ألا ترى أنه يجب عليه الحد بالإكذاب وهو الأصل في القذف لكن يرتفع الشين أي التكاذب ومن الناس من قال أراد بالسبب الشرط لأن التكاذب شرط اللعان قبل قوله وهو قادر على إيفائه احتراز عن المديون المفلس فإن الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على إيفائه فلا يحبس قوله لا عن وجب عليه اللعان لما تلونا من النص وهو قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله **وقوله** إلا أنه يبتدأ بالزوج لأنه هو المدعي بناء على أن اللعان شهادات والمطالبة هو المدعي في الحسبان بمعنى لكن كان أستشعر أنه لا يلزم من النص لا يدل على البداءة وبه فقال الإلزام ينبغي أنه **وقوله** فإن امتنعت ظاهر وإن كان الزوج عبدا أو كافرا محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته لأنه ليس من أهل الشهادة فيصار إلى الموجب الأصلي وهو حد القذف الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية فإنه كان هو المشروع إلا أن نسخ باللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند وجود الشرائط فإذا تعذر صير إلى الأصل **وقوله** وإن كان من أهل الشهادة ظاهر **وقوله** والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك قيل هذا الحديث لم يوصله أصحاب كتب الحديث ولكن أبو بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم فيكتفى بأبي بكر الرازي لعدالته وضبطه وفقهه معتقدي ولو كان محدودين في قذف فعليه الحد لأن امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة فإن قيل اعتبر جانبها وهي أيضا محدودة في القذف درء للحد أجيب بأن المانع عن الشيء إنما يعتبر مانعا إذا وجد المقتضي عارضه عما يثبت به الحكم مع قيام مقتضيه وإذا لم يكن الزوج أهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا لحكم اللعان فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب للحد فيحد بخلاف ما إذا وجد الأهلية من جانبه فإنه ينعقد قذفه مقتضيا له فإذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة في قذف بطل المقتضي فلا يجب الحد لأنه لم يتحقق لها بل ينعقد اللعان ولا لعان لسلامته بالمانع ونحو ضرب الوقت في عبد امرأته وهي مملوكة أو كتابية فإنه لا حد عليه ولا لعان وعليها ما ذكرتم لأن القذف موجبه وأجنبيا في العدم الأهلية لأن له شهادة بعد العتق واعتبرت دون الحد وليس كذلك المحدود في قذف **وقوله** وصفة اللعان أن يبتدأ القاضي صفة اللعان على ما ذكره في الكتاب واضحة **قال** فإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما يعني أنه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا وقال زفر رحمه الله تقع الفرقة بتلاعنهما لأنه ثبت الحرمة المؤبدة بالحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا لأنه نفى الاجتماع بعد التلاعن وهو نص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن ولنا قوله تعالى فإمساك بالمعروف فيلزمه الشرع بالإحسان فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم **وقوله** دل عليه أي على أنه لا تقع الفرقة

حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل **وقوله** قول عويمر العجلاني كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها هي طالق ثلاث فإنه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قيل قد أنكر حين قال اذهب فلا سبيل لك عليها أجيب بأن ذلك منصرف إلى طلبه رد المهر فإنه روي أنه قال إن كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وإن كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها فالحق أن علق الاستدلال زفر بالحديث بجبر أي إذا فرق الحاكم يكون الفرقة تطليقة بائنة عندنا أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن فعل القاضي انتسب إليه لنيابته عنه كما في العنين **وقوله** وهو خاطب إذا كذب نفسه عندهما مسألة مبتدأة وقال أبو يوسف هو أي الثابت باللعان تحريم مؤبد لقوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نص على التأبيد وهو ينافي عوده خاطبا ولهما أن الإكذاب أي الإقرار بالكذب رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها ولا منافاة بين نص التأبيد والعود خاطبا لأن معناه لا يجتمعان ما داما متلاعنين لأنهما يكونان متلاعنين إما حقيقة بمباشرتهما اللعان أو مجازا باعتبار بقاء حكمه ولم يبق شيء بعد الإكذاب أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنه لما أكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت أهليته اللعان وإذا بطلت الأهلية ارتفع حكمه فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه عن الأب وألحقه بأمه وصورة اللعان في ذلك أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله إلى آخره **وقوله** ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد حتى كان القذف بنفي الولد فيجب عليه أي على الزوج مقصوده فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا للنفيه فيحتاج إلى أن ينفي القاضي نسبه ويلحقه بأمه حكي عن أبي يوسف أن القاضي يفرق بينهما ويقول ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه لأنه أي نفي الولد ينفك عنه أي عن التفريق إذ ليس من صورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فإنه يفرق بينهما باللعان ثم حد القاضي لإقراره بوجوب الحد عليه قال في النهاية هذا إذا نظمها طلقة بائنة بعد الفرق فأما إذا أكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان أما اللعان فلأن المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان لفوات المقصود والقذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما لو أكذب نفسه بعدهما لا انفصالا وجوب اللعان هنا كان بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها إلى الزنا وانقطع معنى أنها زمنا بالكذب بنفسه فيكون هذا نظير شهود الزنا إذا رجعوا والمقاذف قلنا فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وإن أكذب نفسه فلو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا يا زانية كان عليه الحد لأنها بانت بالتطليقات الثلاث وإنما يحد قذفها بالزنى بعدها بالبينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لم يكن عليه حد ولا لعان لأنه قذفها وهي منكوحة ثم أبانها بالتطليقات وقد بينا أنه بعد قذفها إذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط **وقوله** وحكمه أن يتزوجها ذكر العلة وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما ويجوز أن يقال ذكرهما تفريعا ونقل هنا لفظ القدوري **وقوله** وكذا إن قذف غيرها فحد به يعني حل له أن يتزوجها **وقوله** لما بينا يريد به قوله لأنه لما حد لم يبق أهلا للعان وكذا إذا زنت فحدت له أن يتزوجها لانتفاء أهليته اللعان من جانبها فإنه قيل لم يجر اللعان بينهما على أنهما زوجان على صفة الإحصان والمرأة والرجل إذا زنيا بعد إحصانهما رجما فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت فبعد ذلك لم يتصور حلا للزوج أجيب بأن معنى قوله فحدت جلدت وتصوير المسألة أن يتلاعنا بعقالة تزوج قبل الدخول ثم إنها زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لأنها ليست بمحصنة لأن من شروط إحصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد **قال** وإذا قذف امرأته وهي صغيرة إذا قذف الرجل امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لأنه لا يحد قاذفهما لو كان أجنبيا لعدم إحصانهما لأن من شرط البلوغ والعقل وكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف وكذا إذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا لعدم

أقول كيف يجب الحد المقذوف غير محصن بخلاف قذف المحدود في القذف فإنه لا ينافي الإحصان سعدي أفندي
قوله لأنه شهادة بالعتق أقول فيه بحث إذ ينبغي أن لا يحد الزوج القاذف إذا كان عبدا وهي محدودة في قذف مع أنه يحد للآية كلام على السند الأخص صرح به ابن الهمام سعدي أفندي

لا يلاعن ساه

الأهلية لكونه غير مخاطب وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان لأنه قائم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت إلا بالصريح فكذا اللعان وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول إشارة الأخرس كعبارة الناطق ولنا أن الإشارة لا تعرى عن الشبهة لكونها محتملة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ولو إذا قال الزوج ليس حملك مني ظاهر الصحيح قوله لقيام الحمل عند القذف **وقوله** والقذف لا يصح تعليقه بالشرط أما إذا كان كذلك لأن القذف مما لا يختلف به الانضمام إلى ابتداء اليمين وجود الشرط لا يوجبه للحالف ويحتمله احتمال الانتفاخ ما لا يندرئ بالشبهات وقال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا ظاهر **وقوله** وقد جرى ما هلال زوجته روى أنه صلى الله عليه وسلم قال إن جاءت به أشيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال وفي رواية أحمر قصيرا وإن جاءت به أسود جعدا جماليا فهو لشريك بن سحماء فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا الأيمان التي سبقت لكان لي ولها شأن ولنا أن نفي الولد حكم من أحكامه والأحكام لا تترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وإنما أحسب باب اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لأنه يثبت مع الشبهات والإرث والوصية موقوفان على انفصال الولد ولا يتعرض في الحال وحال الجواب إن قوله الأحكام لا تترتب عليه به نقض ونفي الولد منها لئلا يلزم إقامة الحد مع قيام الشبهة والحديث أي حديث هلال محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي بدليل ما روينا أنه صلى الله عليه وسلم قال إن جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف إلا بطريق الوحي **وقوله** وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي يقبل التهنئة قال في النهاية على بناء المفعول لا الفاعل لأنه لو قبل الأب التهنئة لم ينتف لا يصح نفيه في مدة الفعل يعني إذا كان حاضرا ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لا معنى للتقدير لأن الزمان للتأمل لئلا يتسرع في نفي الولد مجازفا وأحوال الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه أي على عدم النفي وهو قبول التهنئة أو سكوته فإن ذلك إقرار منه أن الولد وكذلك ابتياعه ما يحتاج إليه لإصلاح الولد عادة أو مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي إذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدره بسبعة أيام العقيقة وإنما يكون العقيقة بعد سبعة أيام ولكن هذا ضعيف لأن نصب المقدار بالرأي لا يجوز وذكر في الشامل أنه روي عن أبي حنيفة أنه مقدر بثلاثة أيام وذلك في الضعف مثل الأول ولو كان الزوج غائبا فلم يعلم بالولادة ثم قدم يعتبر المدة التي ذكرناه على الأصلين فيجعل كأنها ولدته الآن فله النفي عند أبي حنيفة رحمه الله في مقدار ما تقبل فيه التهنئة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة **وقوله** وإذا ولدت ولدين في بطن واحد **وقوله** والإقرار بالثاني سابق على القذف جواب سؤال تقريره ينبغي أن يجب عليه الحد لأنه أكذب نفسه بعد القذف لأن الإقرار الأول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني فيتحقق قيام الأول بعد القذف بالسكوت عن الإقرار حال الأول بعد النفي ثبت الإكذاب فوجب الحد فكذا ههنا وتقرير الجواب أن الإقرار بالأول سابق على القذف حقيقة فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن ولا يكون ذلك إكذابا فكذلك هذا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب العنين وغيره

لما فرغ من وجوه أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب أحكام من به نوع مرض له تعلق بالنكاح والطلاق لأن حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الأصحاء والعنين هو الذي لا يقدر على إتيان

النساء من عن إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل أو من عن إذا اعترض لأنه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين أن يكون آلته أو لم يقم وبين أن يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض النساء دون البعض وبين أن يكون المرض به أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك فإنه عنين في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها **قال** وإذا كان الزوج عنينا أجله الحاكم سنة فإن وصل إليها وإلا فرق الحاكم بينهما إذا طلبت المرأة ذلك وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وعليه فتوى فقهاء الأمصار كأبي حنيفة وأصحابه والشافعي وأصحابه ومالك وأصحابه وأحمد وأصحابه رحمهم الله ولأن حقها ثابت في الوطء ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة لأن العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة أو بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبائع فإذا مضت ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب التسريح بالإحسان فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما فقيل وينبغي أن يعتد السنة شمسية والشرط ظاهر الرواية على ما نذكره ولا بد من طلبها التفريق لأنه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لأنه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا بعد التمام وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم فإنما تقع التطليقة بائنة لأن المقصود هو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لو لم تكن بائنة يعود معلقة بالمراجعة وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة أما الأولى فلفوات المقصود وهو الوطء وأما الثاني فلأنها لا تحل لزوج فلا يحصل دفع الظلم عنها كما للبدن ذكر بخلاف الأن خلوة العنين صحيحة لأن المرأة قد سلمت البدل مع وجود المال فرض عليه البدل كاملا ذلك نصا عن عمر وعلي رضي الله عنهما حيث قالا ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم وتجب العدة لتوهم الشغل احتياطا استحسانا لما بينا تعني في باب المهر هذا إذا أقر الزوج بعدم الوصول إليها وإن ادعاه وأنكرته فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة حقيقة وإن كان مدعيا للوصول صورة والأصل في الجبلة السلامة وكان الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر كالمودع إذا ادعى رد الوديعة القول قوله لأنه منكر معنى وإن كان مدعيا صورة ثم إن حلف بالله لقد أصبتها بطل حقها وإن نكل يؤجل سنة وإن كانت بكرا نظر النساء إليها فإن قلن هي بكر أجل سنة وإن قلن هي ثيب حلف الزوج لإمكان أن بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن لكون حجة وإن حلف لا حق لها وإن نكل أجل سنة ثم كيف تعرف أنها بكر أو ثيب قال في التدبير في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج فإن دخلت بلا عنف فثيب وإلا فبكر وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب وقيل تكسر البيضة وتصب في فرجها فإن دخلت فثيب وإلا فبكر **وقوله** وإن كان مجبوبا فرق بينهما في الحال الظاهر **وقوله** وإن قلن هي ثيب حلف الزوج حاصله أن الإرادة النساء مرتين مرة قبل الأجل للتأجيل ومرة بعد الأجل للتخيير فإن نكل خرجت لها أيضا بالنكول لها بعد دعوى المرأة فإنه لم يجامعها فكذا لو نكل الزوج عن اليمين وإن حلف لا تخيير لبطلان حقها وإن كانت ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك الخيار لأنها رضيت ببطلان حقها وكذا إذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي أو قام القاضي قبل أن تختار فالقاضي إنما بطل خيارها لأن هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقف بالمجلس فكذا مثله والتفريق كان بحقها فإذا رضيت بالإسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار إلى حالة قامت أو إقامته سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء فإن اختارت الفرقة أمر القاضي الزوج بأن يطلقها وإلا فرق القاضي بينهما **قال** وفي التأجيل يعتبر السنة القمرية هو الصحيح وفي ظاهر الرواية وهي تلتمس بحيض

يوماً وروى الحسن عن ابي حنيفة انه تعتبر السنة الشمسية وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوماً وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم وتحتسب بايام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة التاجيل ايام آخر لانها هي عشرة من مدة التاجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التاجيل بسنة ولم يستثنوا منها ايام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها ولا تحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه اي عن المرض فلم يكن مثل ايام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من ايام آخر وعليه فتوى المشايخ وروي عن ابي يوسف انه اذا مرض احدهما مرضاً لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر لم يحتسب عليه وجعل له بدله مكانها وكذلك الغيبة لان شهر رمضان يحتسب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار دون الليل يكون نصف الشهر يحتسب عليه وعنه انهما اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض وعن محمد ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهراً لا يحتسب ويكاد في مثله بعد زوال المرض وان كان بالزوجة عيب اي عيب كان فلا خيار للزوج في فسخ النكاح وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق بفتح التاء مصدر رتقت امراة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع لا يكاد يدخله الا الميل والقرن بسكون الراء في العرف وهو لحم غدة غليظة او عظم مرتفعة او عظم يمنع سلوك الذكر في الفرج اما قرنها كما ذلك فقال لانها تعني العيوب الخمسة تمنع استيفاء مقاصد النكاح اما الرتق والقرن فيمنعان الوطء واما الجذام والبرص والجنون فلان الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسري الى الاولاد والطبع مؤيد بالشرع قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد لنا ان فوت الاستيفاء بالكلية لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من مهرها باختلاله بهذه العيوب وفي قيل فيه ضعف لان النكاح موقت فهذا اولى ان لا يوجب لان هذه العيوب لا يوجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات وفوات الثمرة لا يوجب فسخ العقد لا ترى انه لو لم يستوف لحقه وفي ذلك فاحسن وانما المستحق هو التمكن وهو حاصل اما في الجذام والبرص والجنون فظاهر واما في الباقين فبالشق والفتق وقوله صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم الحديث محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امراة فوجد على كشحها بياضاً فردها محمول على الطلاق لانه روي انه صلى الله عليه وسلم قال لها الحقي باهلك وهو من كنايات الطلاق وكذا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه اثبت له الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لها الخيار لانه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير دفعاً للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطء لان شرعية النكاح لاجل الوطء وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا فان قيل جعل الوطء فيما اذا كان بالمراة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفي مسئلة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزم من ذلك ان يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم قلت هذا السؤال الشامل تفسير المشروع له النكاح بالوطء والمشروع له مراد وانما المراد به التمكن كما تقدم وهو الخلل به بخلاف العيوب والله اعلم

باب العدة

العدة لما كانت اثر الفرقة بالطلاق وغيره اعقبها الذكر وقدم التفريق في باب على حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة ايام اقراء المراة وفي الشريعة تربص يلزم المراة عند زوال ملك المتعة متأكداً بالدخول او الخلوة او الموت وهي اي العدة احد آثار الفرقة وتركها حرمات ثابتة الى ان ينقضي عدة السابق فهو كف المراة نفسها عن افعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه **قال** واذا طلق الرجل امراته طلاقاً بائناً او رجعياً ولم يكن قد دخل بها لان قوله رجعياً يغني عنه اذ الرجعة لا تكون الا بعد الدخول او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الآخر والفرقة في النكاح الفاسد وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهو في عدة الطلاق ظاهر لان المراد يدل عليها بعبارته واما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق فيها اي في الفرقة بغير طلاق والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار والقرء لفظ حقيقة فيهما وكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد وكذا قاله ابن السكيت ولا يمكن ان يثبتا ولهما جملة الاشتراك فان اللفظ الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقة ومجازاً على ما عرف في الاصول ولا بعد في ان يكون تعرض المصنف لكونه من الاضداد اشارة الى نفي قول من يقول انه مجاز في احدهما لانه لا يكون المجاز من مناسبة وكونه من الاضداد ينفيها وهذا ايضاً مما عرف في الاصول فلا بد من الحمل على احدهما والحمل على الحيض اولى لمعان احدها العمل بلفظ الجمع يعني القروء فانه جمع قرء بالفتح والضم ووجهه ان اقل الجمع ثلاثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما ان الطلاق لو وقع في طهر وهو مشروع فيه هو محسوب عند الاثر عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرئين وبعض الثالث ولفظ الثلاثة في قوله تعالى ثلاثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا ايضاً مما عرف في الاصول وقد قررناه في الانوار والتقرير بخلاف ما لو اريد بالقرء الحيض فانه يكمل ثلاثاً والثاني ان الحيض معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لما ان الحمل والطهر مما قد يجتمعان فلا يحصل التعرف بانهما احتمالا بل دونه اي التعرف هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الامة حيضتان والرق انما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر الى الحيض فيلتحق بياناً بما لم يكن في الكتاب او يلتحق هذا الخبر بالسنة بياناً لما في الكتاب وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن عطف اللائي لم يحضن على اللائي يئسن وجعل لهما خبراً واحداً وفي هذا دلالة ظاهرة على ان الاصل في العدة الحيض والشهور بدل عنه حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما في قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا وان كانت حاملاً فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن **قوله** وان كانت امة ظاهر وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجاً يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشراً نسخ قوله تعالى وصية لازواجهم متاعاً الى الحول غير اخراج واستدل عليه بما روي ان المتوفى عنها زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستاذنه في الاكتحال فقال صلى الله عليه وسلم كانت احداكن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها قعدت في شر احلاسها في بيتها حولاً ثم خرجت فرمت كلباً ببعرة افلا اربعة اشهر وعشراً فسقط استدلال من يقول لها عدتان لتداخل الاولى وهي العدة الكاملة وان الثانية رخصة وعدة الامة شهران وخمسة ايام لما عرف ان الرق منصف وان كانت حاملاً فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله

تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وكان علي رضي الله
عنه يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشر ايهما كان ابعد لان قوله تعالى واولات الاحمال
اجلهن ان يضعن حملهن الاية يقتضي الاعتداد بوضع الحمل وقوله يتربصن بانفسهن يوجب الاعتداد
باربعة اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا وقلنا قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته
ان سورة النساء القصرى يعني سورة يا ايها النبي اذا طلقتم النساء الى اخرها نزلت بعد التي في سورة البقرة
يريد ان قوله تعالى واولات الاحمال متاخر عن قوله يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا في ذوات الاحمال وقال
عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج قال واذا ورثت المطلقة في المرض
فعدتها ابعد الاجلين يعني عدة المطلقة بطلاق الفار اذا كان بائنا او ثلاثا ابعد الاجلين ان تعتد اربعة
اشهر وعشرا فيها ثلاث حيض حتى لو اعتدت اربعة اشهر وعشرا ولم تحض كانت في العدة ما لم تحض ثلاث
حيض ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام اربعة اشهر لا تنقضي عدتها حتى يتم المدة عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف ثلاث حيض واما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح
قد انقطع قبل الموت بالطلاق لان الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع النكاح بلا خلاف ومن انقطع
نكاحها بالطلاق فلزمها ثلاث حيض لان عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك
فان قيل لو كان كذلك لما بقي في حق الارث اجاب بقوله الا انه بقي في حق الارث يعني بالدليل الدال
على توريثها لا في حق تغيير العدة بخلاف الطلاق الرجعي لان النكاح باق من كل وجه لما تقدم ولهما انه
مستبقى في حق العدة وبيانه الملازمة بقوله احتياطا وبيانه انا لما اعطيناها الميراث باعتبار
ان النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت الموت اولى اعتبارا باقامة العدة مقام اصل النكاح حكما
اذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك والعدة يحتاط فيها فاذا جعل النكاح
في حكم الباقي كالمنتهي بالموت حكما ففي حكم العدة اولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر
حقيقة فالزمناها الجمع بينهما احتياطا **وقوله** ولو قتل على ردته جواب عما استدل به ابو يوسف
فقال لا شك ان المرتد اذا مات او قتل على ردته ورثته زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع
لان زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك ههنا زوال النكاح بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره
ان ذلك ايضا على هذا الاختلاف وعندهما تعتد بابعد الاجلين فلا نسلم ولئن سلم فلا عدة بالحيض
بالاجماع وعذرهما عن ذلك بما ذكر في ان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لانها
عند مسلمة لا ترث الكافر ولكن يستحق الميراث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمها العدة
بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق فجعلنا ان النكاح
كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما **وقوله** فان اعتقت الامة في عدتها ظاهر وان عرض بان العدة
حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي ان لا يتحول العدة في الرجعي ايضا لانها عند
الزوال امة ولهذا تعتد من وقت الطلاق واجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال متردد فكانت
متردده بتردد سببها فتغيرت ولهذا يتحول بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد
فلم يتحول العدة **وقوله** وان كانت ايسة ظاهر **وقوله** واذا رات على العادة يعني ان رات دما سائلا
وكان محمد بن ابراهيم الميداني يقول ان رات دما سائلا كما كانت تراه في زمان حيضها فهو حيض وان
رات بلة يسيرة لم يكن حيضا بل ذلك من نتن الرحم وكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض **وقوله** لان
عودها يبطل الاياس هو الصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم باياسها
فاما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت ابنة تسعين سنة او نحوها فرات الدم بعد

ذلك

ذلك لم يكن حيضا **وقوله** تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث
في اثنائها فانه يبني بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع والسجود يومي في ذلك جمع بين البدل والمبدل
واجيب بان البدلية انما تعتبر في الصلاة او في الطهارة وكلاهما غير صحيح اما الاول فلان الصلاة
بالتيمم ليست بدلا عن الصلاة بالوضوء وكذلك الصلاة بالايماء ليست بدلا عن الصلاة بالركوع
والسجود لان بعض الشيء لا يكون بدلا عن كله واما الثاني فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية
لكن لا جمع بينهما لان احدى الطهارتين لا تكمل بالاخرى واما العدة بالشهور فبدل عن الحيض
وركنا البدل بالاصل جمع بينهما **قال** والمنكوحة نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا
والمحرم اذا نكحها المحرم عالما بالحرمة عند ابي حنيفة والموطوءة بشبهة وهي التي زفت الى غير زوجها
فوطئها عدتها الحيض في الفرقة والموت جميعا لانها اي لان عدتها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء
حق النكاح اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطء بشبهة والحيض هو المعرف ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة
والموت فان قيل لو كان كذلك وجب ان يكتفى بحيضة واحدة كما في الاستبراء وليس كذلك
اجيب بانها انما كانت ثلاث حيض الحاقا للشبهة بالحقيقة فان احكام العقد الفاسد انما
يؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فانهما يفيدان افادة الصحيح غير
ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء ثبتها وانما لم تعتد عدة الوفاة لزيادة اظهار التاسف لفوت
نعمة النكاح والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان
فيه جهة النكاح الحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا واذا مات المولى عن ام الولد او
اعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي رحمه الله حيضة واحدة وهو مروي عن ابن عمر
رضي الله عنهما قال عدتها اثر ملك اليمين فتعتبر بالاستبراء ولهذا لا تختلف
بالحيضة والوفاة ولنا انها اثر زوال الفراش لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى
بحيضة واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش
ولا مناسبة بينهما واما ما نقل عن عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلاث حيض وهو
المروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة اشهر كما في النكاح
وقوله واذا مات الصغير عن امراته ظاهر **وقوله** كالحادث بعد الموت يعني بان تضع بعد الموت
لستة اشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ وقال بعضهم بان تاتي لاكثر من سنتين كذا
في النهاية والاول اصح وتفسير قيام الحبل عند الموت ان تلده لاقل من ستة اشهر من وقت الموت
كذا في الفوائد الظهيرية ولهما قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل
بين ان يكون الحمل من الزوج او من غيره في عدة الطلاق او الوفاة **وقوله** ولانها مقدرة دليل
معقول لهما وتقريره عدة الوفاة مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لقضاء
حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا المعنى يعني قضاء حق النكاح يتحقق في
الصبي وان لم يكن الحمل منه وهذه اخرى وهي واضحة وبين الاولى بقوله لشرعها اي لشرع عدة الوفاة
بالاشهر مع وجود الاقراء يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر لان الحيض هو المعرف
على ما مر وفيه بحث لان الضمير في قوله لشرعها اما ان يعود الى عدة الوفاة في اولات الاحمال او الى
مطلقها ولا سبيل الى الاول لان الحامل لا تحيض عندنا ولا الى الثاني لان المدعى عدة الوفاة في الحامل
ولا يلزم من ان لا يكون التعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل الا ان يكون لها كذلك لان نفس وضع الحمل
يدل على فراغ الرحم والجواب ان الضمير يعود الى عدة الوفاة مطلقا يعني ان عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح

لا التعرف لأن الحمل كان أتم فائدة فكونه نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبارا بالعدم كما عرف **وقوله** بخلاف الحمل جواب عن قوله صار كالحادث بعد الموت يعني إنما كما نعتد بالشهور ولا نحكم بفراغ رحمها عند الموت والزمنا العدة بالشهور حقا للنكاح بالتمام التربص فلا نتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه لما وجبت العدة وجبت معتدة بالحمل لا لأنه عدة أولات الأحمال بالنص فافترقا أي الحمل القائم عند الموت والحادث بعده فإن قيل إذا مات الصبي فلم تكن المرأة حاملا عند الموت ألزمناها العدة بالشهور ثم إذا ظهر الحمل يكون عدتها بوضع الحمل بعد تغير العدة بحدوث الحمل أجاب بقوله ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها الحبل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان الحمل كالقائم عند الموت حكما يتعلق حكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لأن النسب بالحمل لا يثبت وحيث ثبت منها إلا أنه من حمل فجعلناه كأنه قائم حكما وفي امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يجعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل حادثا في أقرب الأوقات وكان ابتداء عدتها بالأشهر لا محالة ولا يثبت النسب في الوجهين يعني في وجهي مسألة الصغير وهما وجه القائم عند الموت ووجه الحادث بعده لأن الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق فإن قيل النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش أجاب بقوله فالنكاح يقام مقامه أي مقام الماء في موضع التصور **وقوله** وإذا طلق الرجل امرأته ظاهر **قال** وإذا وطئت المعتدة بشبهة إذا وجبت على المرأة عدتان فإما أن يكونا من رجلين أو من رجل واحد فإن كان الثاني كما إذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها في العدة ووطئها المطلقة ثلاثا وقال ظننت أنها تحل لي أو طلقها بألفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك أن العدتين يتداخلان وإن كان الأول فكانا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة كما سيجيء أو من جنس واحد كالمطلقة إذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تداخلان عندنا ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام العدة الثانية وصورة ذلك أن الوطء الثاني إذا كان بعدما رأت المرأة حيضة تجب عليها بعد الوطء الثاني ثلاث حيض أيضا فالحيضتان تنوب عن أربع حيض حيضتان للأولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطء الثاني خاصة وإن لم تكن رأت شيئا فليس عليها إلا ثلاث حيض وهي تنوب عن ست حيض وقال الشافعي رحمه الله لا يتداخلان لأن المقصود من العدة العبادة أي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تتداخل العبادات كالصومين في يوم واحد فإن العدة كف عن التزوج والخروج كما أن الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكما لا يتداخل في الصوم فكذا في العدة ولنا أن المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فتتداخلان **وقوله** ومعنى العبادة تابع جواب عن قوله لأن المقصود هو العبادة والدليل على أن معنى العبادة في العدة تابع أن ركنها حرمة الازدواج والخروج وقال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الآية وقال لا يخرجن الآية وموجب النهي التحريم وإذا كان ركنها الحرمة فالحرمتان تجتمعان كصيد الحرم للمحرم حرام للإحرام والحرم وكالخمر في يمين حلف لا يشربها وهو صائم فإنها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه بخلاف الصوم فإن ركنه الكف بقوله تعالى ثم أتموا الصيام إلى الليل ولن يجتمع الإمساكان في يوم واحد واستوضح المصنف رحمه الله تبعية العبادة بقوله ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومعنى تركها الكف يعني عن الخروج والعبادة لا تحقق أداؤها بدون ركنها واعترض بأنه لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لأن زوجها لا يحتاج إلى ذلك واللوازم باطلة فكذا الملزوم سلمنا أن المقصود ذلك لكنه لا يستلزم جواز التداخل لجواز التداخل في أقراء عدة واحدة لحصول المقصود في ضمن تطويل العدة عند والجواب عن الأول بأن الصبية التي تحمل الوطء والآيسة يحتمل أن العلوق فأدير الحكم على دليل الشغل

وهو الوطء لأن العدة تكتفي في إيجابها بتوهم الشغل وإن كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها إلى التعرف قائمة صيانة للميراث وتحرزا عن الاختلاط لأن ما هو الأول يجري في نسبه كما في الثاني وأما لا يلزم الأول لأن التعرف تحصل وعلة ليس كالتعرف بالتحيض في حصول المقصود لأن المقصود من الأول التعرف الفراغ ومن الثانية إظهار خطر النكاح وفي الثالثة وتوابع الاستبراء ومن الثالثة إظهار التحريم وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة وفيه نظر لأن المصنف لم يعلل إلا بالتعرف عن فراغ الرحم فكان السؤال واردا عليه **وقوله** والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة بعد الشهود ظاهر قال في المبسوط لو أن وجبت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الأول إتمام أربعة أشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للآخر تحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضا **قال** وابتداء العدة في الطلاق عقيب الوفاة لأن سبب وجود العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها قال محمد إذا فارق الرجل امرأته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها أن تصدقه وتعتد عدتها من ذلك الوقت ومشايخنا يريد علماء بخارى وسمرقند رحمهم الله يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيا للتهمة المواضعة لجواز أن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشيء أو يتواضعا على انقضاء العدة [illegible] لأن يتزوج أختها أو أربعا سواها وكان في الذخيرة اختيار مشايخ بلخ أنه تجب العدة من وقت الإقرار عقوبة عليه وزجرا على كتمان الطلاق يعني حتى لا يتزوج بأختها وبأربع سواها زجرا له على الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لأن ذلك حقها وقد أقرت بسقوطه والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق بأن يحكم الحاكم بالتفريق بينهما أو عزم الواطئ على ترك وطئها والعزم أمر باطن لا يطلع عليه ولا بد من دليل ظاهر وهو الإخبار بذلك بأن يقول تركت وطأها أو ما في معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه وقال زفر من آخر الوطئات لأن الوطء هو السبب الموجب للعدة إذ لو لم يطأها لم تجب عليها العدة ولنا أن كل وطء وجد في العقد يستند إلى العقد الموجب فهو أن يقال سلمنا أن الوطء هو السبب الموجب لكن جميع الوطئات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطئة واحدة لاستنادها كلها إلى عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فإذا كان كذلك لم يثبت آخر وطئة يترتب عليها العدة إلا بالتفريق أو العزم لأنه قبل ذلك جاز أن يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه آخر الوطئات آخرها وتحرير هذه النكتة أن العدة لا تثبت إلا بآخر وطئة وإنما آخر وطئة لا توجد إلا بالتفريق أو العزم فالعدة لا تثبت إلا بالتفريق أو العزم أما أنها لا تثبت إلا بآخر وطئة فبالاتفاق بيننا وبين الخصم وأما أن آخر وطئة لا توجد إلا بالتفريق أو العزم فلأنه لا مع جواز وجود غيرها **وقوله** ولأن التمكن على وجه الشبهة دليل آخر وتقريره أن حقيقة الوطء أمر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطء على وجه الشبهة وكل أمر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار الحكم عليه فالتمكن من الوطء على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطء وإذا قام مقامها فما دام التمكن باقيا كان الوطء باقيا فلا يتعين آخر الوطئات إذ التمكن باق بعد كل وطئة وجدت فلا بد من المتاركة أو العزم ليرتفع التمكن فيتعين آخر الوطئات فإن قلت لا نسلم أن حقيقة الوطء أمر خفي لأن الحاجة إلى معرفة العدة إنما هي للزوج وحقيقة الوطء ليست بخفية بالنسبة إليه أجيب فقد أشار إلى الجواب بقوله ومساس الحاجة إلى المعرفة في حق غيره أي غير الواطئ وهو الذي يريد أن يتزوجها وقيل وكذا أخت الموطوءة وأربع سواها ولا يخفى ضعفه [illegible] كلام المصنف في النكاح في حق في التزوج ما [illegible] مقصوده [illegible] **وقوله** وإذا قالت المعتدة انقضت عدتي ظاهر **وقوله** فحلف كالمودع يعني إذا قال لمالك الوديعة رددتها وأنكر المودع ذلك فالقول

قوله مع غيبته لانه امين وما على الامين الا اليمين **قال** فاذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا قال في النهاية هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على اصل واحد وهو ان الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني ام لا فعند محمد لا يكون وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهرة ووجه قول محمد رحمه الله ان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة لان الاولى انما وجبت بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حالة التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها اكمال العدة الاولى كما لو اشترى ولده اي منكوحته التي ولدت منه ثم اعتقها فانه يجب عليها ثلاث حيض حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب المنكوحة من الخروج والزينة وحيضة من العتق تجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة الا ترى انه لا يحل له ان يزوجها الا انه لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين فاذا زال الملك ظهر حكم العدة في حقه ايضا فوجبت حيضتان للفساد وظهر ثالثة من الاعتاق ايضا وتلك منها الاحداد واما الثالثة فلانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي اثره اي اثر الوطء الاول وهي العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة بالدخول في النكاح الاول ناب ذلك القبض الذي كان بالدخول عن القبض المستحق في هذا النكاح فاذا طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الواقع بائن اجيب بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابهة بالشيء لا يلزم ان يساويه من جميع الوجوه الا ترى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائنا وشبهه بالغاصب يشتري المغصوب وهو واقع **وقوله** فيخرج بهذا انه طلاق بعد الدخول تنبيه على التحقيق بدليل قوله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق وقوله وهو على ما ذكرنا واضح **وقوله** جوابه ما قلنا اشارة الى قوله واكمال العدة الاولى والى قوله ولهما انها مقبوضة في يده بالوطأة **قال** واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مهاجرة على نية ان لا تعود الى دار الحرب ابدا قال الراغب فلان فوقه اذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال الامام التمرتاشي اذا خرج احد الزوجين الينا مسلما او ذميا او مستأمنا ثم اسلم او صار ذميا والآخر على حربيته ثم قيد الشيخ ان كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها فان قيد المصنف بقوله مسلمة بيانا للاحسن حالا فان تزوجت جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم يعني كما ان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كانوا يعتقدونه لكن في حق لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لا عدة عليها من الكافر اذا كان معتقدهم ذلك وقد بيناه في كتاب النكاح يعني في باب نكاح اهل الشرك واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها في دار الحرب لعدم تبليغ احكام الشرع اياها وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن نفي الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص ~~وجبت مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص~~ **وقوله** ولان العدة حيث وجبت دليل معقول وتقريره العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب صيانة للماء المحترم ولهذا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لانه ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك **وقوله** الا ان تكون حاملا لانه لا يجوز ان يكون استثناء من قوله والحربي ملحق بالجماد يعني لان معناه والحربي لا حق له الا ان يكون امرأته حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب والحمل الثابت النسب يكون امنع من احتماله الا ترى ان ام الولد اذا كان ثابت النسب كان الفراش فانما في نكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين

تجنب: اي تبعد

ولا كذلك

ولا كذلك ها هنا اذا لم يكن ولقائل ان يقول قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل فتقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا والاول وهو ان لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل اصح لثبوت نسب الولد بخلاف الحبلى من الزنا لانه لا نسب له

فصل لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات ان يفعلنه وما لا يجب لا يقال طلاق المرأة وابتته والمبتوتة المرأة واصلها المبتوت طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلاث وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا والمطلقة بتطليقة بائنة وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد وهي ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها واصل الحد المنع يقال احدت احدادا فهي محدة اذا منعت نفسها وحدت تحد حدادا اما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا وفي وجه الاستدلال به اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم احلالا وسياق الكلام فيه فانما هو الايجاب وقال في النهاية يمكن ان يقال قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي للاحداد فكان في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة فكان تقدير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة ايام الا المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لانه اخبار الشارع آكد من الامر وهذا انسب ما وجدته في الشروح فانه قيل الاحداد هو التأسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فكيف صار واجبا بالخبر معارضا للكتاب اجيب بان المراد في الكتاب فرح خاص واسى خاص وهو الفرح والاسى مع الصياح هكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه واما وجوبه على المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا احداد عليها لانه وجب اظهار التأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وهذا قد اوحشها بالابانة فلا تأسف على فوته ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب رواه ام سلمة رضي الله عنها ولم يفصل بين المعتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة المختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن وابراهيم ادرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده **وقوله** ولانه يجب دليل معقول فيجوز ان يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقريره ان النص ورد في وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها بالاحداد ومناط حكمه اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والابانة اقطعها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها فكان لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتأفيف فان قيل انه لم يشمل المطلقة لم يتم في المختلعة لانها قد افتدت نفسها ورضاها لطلب الخلاص منه فكيف يتأسف فالجواب ان الاحكام انما تتعلق بالموضوعات الاصلية وفوات نعم النكاح مما يوجب التأسف بوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العقل والدين لا يقال لو كان الحداد كما ذكرتم لوجب على الزوج ايضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لانا نقول النص لم يرد الا في الزوجات والازواج ليسوا في معناهن لكونهم ادنى منهن في كمال نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لانهم على عصم ودرر النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عواجز عن

التعلق ولا كذلك الازدواج وقوله والحداد ولا يقال الاحداد تعريف للحداد وكان موضعه اول الكلام والى
بالجانب الضعيف لان لفظه تخالف لفظ القدوري وفي الوجيز اشارة الى ان العلة هي الابتداء لا الزينة
وقوله والمعنى فيه اي في ايجاب ترك الطيب والزينة وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف
والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها لان المرأة اذا كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة الرجال فيها
وهي ممنوعة عن النكاح ما دامت في عدة الوفاة او الطلاق فتجتنب كيلا يصير ذريعة اي وسيلة الى الوقوع
في المحرم وهو النكاح وقوله وصح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال روي عن ام سلمة
رضي الله عنها انها قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان زوج ابنتي توفي
وقد اشتكت عينها الكحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين او ثلاثا وقوله والمراد الدواء يعني
ينبغي ان يكون مرادهما بالاستعمال الدواء لا الزينة وفي لفظ الكتاب اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم
الحناء طيب قال والاحداد على كافرة هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وام الولد
والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم اما الكافرة
وهي الكتابية فلانها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه اشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم
لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر واما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الائمة في اثبات الحكم استطرادا
وهو ظاهر واما ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلان كل واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف والاصل
هو الاباحة في الزينة لا سيما في النساء قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فان قيل فقد ذكر
المصنف ان وجوب الحداد لاظهار التاسف وكون هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها فان فات الاول في ام الولد
والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لانهما ممنوعتان عن النكاح قبل عدتهما فكان ينبغي ان
يجب الحداد عليهما للوجه الثاني اجيب بان الوجه الثاني حكمة والشيء يتعلق بما ذكرنا من دوران وجوب الحداد
على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة وآثار قوله والاباحة الاصلية اشارة الى الجواب
عن هذا السؤال ووجهه انه لما فات فيها احد الوجهين تعارضت الاباحة الاصلية والوجه الآخر فلم
تثبت الحرمة ولا ينبغي ان تخطب المعتدة لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله ولا
بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن
لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح وعلى هذا التفسير كانت
الآية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شيء آخر وقد فسر ابن عباس رضي الله عنهما
في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله او اكننتم في انفسكم اي سترتم في قلوبكم فلم تذكروه بالسنتكم
لا معرضين ولا مصرحين والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن
ولكن لا تواعدوهن سرا اي وطئا لانه مما يسر الا ان تقولوا قولا معروفا وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا وقيل
يتعلق بلا تواعدوهن اي لا تواعدوهن مواعدة قط الا مواعدة معروفة كذا في الكشاف وقد فسر القول المعروف
سعيد بن جبير بما ذكر في الكتاب ولا تخرج المطلقة الرجعية والمبتوتة ان تخرج من المنزل الذي كانت فيه وقت
المفارقة الا اذا اضطرت بان خافت سقوط المنزل او على نفسها او متاعها او اخرجها اهل المنزل بان كانت تسكن
بكراء او كان زوجها غائبا ولا تقدر على الاجرة والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير
منزلها اما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان
يأتين بفاحشة مبينة واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس الخروج قال المصنف وبه اخذ ابو حنيفة
رحمه الله فيكون تقديرها الا ان يخرجن خروجا فاحشة كما يقال لا تسب النبي الا ان تكون فاسقا ولا يزني الا ان يكون فاسقا
وقيل هي الزنا فتخرج لاقامة الحد عليهن قاله ابن مسعود رضي الله عنه وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس

رضي

رضي الله عنه هي نشوزها وان تكون بذية اللسان تبذو على احماء زوجها وقوله واما المتوفى عنها زوجها فلانه
وقوله وقال صلى الله عليه وسلم للتي قتل زوجها هي فريعة بنت مالك بن سنان اخت ابي سعيد الخدري
رضي الله عنهما لما قتل زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها اعيدي المسألة فاعادت
فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب اجله يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك وفي هذا الحديث دليل على انه
[illegible] على انها يجب عليها ان تعتد في منزل الزوج وعلى ان الخروج لبعض الامر [illegible]
جائز فانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها الخروج الا انه يستحب وقوله والاولى ان تخرج هو عبارة ان
تمكنها في منزل الزوج واجبا ومكثها فيه مباح ورعاية الواجب اولى وقوله وان ضاق عليها المنزل
فلتخرج يشير الى ان ضيق المنزل من جملة الاعذار فاذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع الذي
تنتقل اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا خرجت لعذر فان التعيين اليها لانه لا يد له عليها في امر الساكنى
وقوله واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها هذه المسألة على وجوه لانه
لا يخلو اما ان يكون بينها وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام او ثلاثة ايام فصاعدا فان كان الاول رجعت
الى مصرها سواء كان بينها وبين مقصدها ثلاثة ايام او دونها اما اذا كان ثلاثة ايام فظاهر لان
المضي الى مقصدها يكون سفرا والرجوع لا يكون واما اذا كان اقل منها فلانها اذا رجعت صارت
مقيمة واذا مضت كانت مسافرة ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من انشاء
السفر في العدة تعين ذلك عليها وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون بينها وبين المقصد ايضا
ثلاثة ايام او اقل فان كان ثلاثة ايام فهي بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت سواء
كان معها ولي او لم يكن لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج لان وضع المسألة بطريق
المكة وغالب النظر يقتضي مفازة ومعطش فلا بد من الخروج وقيل ينبغي ان تختار اقرب الجانبين وهي
في هذه المسألة كالتي اسلمت في دار الحرب فان لها ان تخرج من غير محرم لانها خائفة على نفسها ودينها
فهي في المفازة كذلك وقال المصنف الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج وان كان
اقل مضت الى مقصدها لانها اذا مضت لا تكون منشئة سفرا فلها ان تمضي الى مقصدها ولم
يذكر المصنف في الكتاب هذا الشق اعتمادا على ان يفهم من الشق الاول لانها اذا كان الجانبان متساويين
كانت بالخيار فاذا كان احدهما اقل تعين وقوله الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر استثناء من قوله ان
شاءت رجعت وان شاءت مضت يعني ان لها الخيار في ذلك الا اذا كانت المفارقة في مصر فليس لها
ان تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا
لاذى الغربة ووحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا ارتفع الحرمة عاد مباحا
وقوله وهذا لعذر اشارة الى نكتة اخرى هي ان التربص على المعتدة في منزلها وان كان واجبا لكن يجوز
الانتقال نظرا الى وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولابي
حنيفة رحمه الله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكره في الكتاب وهو واضح والله تعالى اعلم

باب ثبوت النسب

لما فرغ من ذكر انواع المعتدات من ذوات الاقراء والاشهر والاحمال ذكر ما يلزم

من اعتداد اولات الاحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها
فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها اي من وقت تزوجها لان اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى
الوقت يعني من غير زيادة ولا نقصان فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت
بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط
بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق قبله اي قبل الطلاق في حالة النكاح
فان قيل هذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والاعلاق لانه كما تزوج وقع الطلاق وبعد ذلك لا يثبت
النسب الا ترى ان صبيا لو جاءت به امراته والصبي لا يثبت لذلك اجاب بقوله والتصور ثابت بان
يجعل كانه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الانزال قد وافق تمام النكاح
مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق
حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم
اجاب بقوله والنسب يحتاط في اثباته يعني وان كان نادرا لكن النسب يحتاط في اثباته فيجب بناؤه
عليه هذا النادر اذا جاءت به لستة اشهر من غير زيادة ولا نقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت
النسب لان علوقه كان سابقا على النكاح فلا يكون منه وكذلك ان ولدت لاكثر منها
لانه حين طلقت حكمنا بانه لا عدة عليها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة فلم يتعلق بطلاقها حكم
لاحتمال انه علوق من زوج آخر بعد الطلاق فاما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج فقد
جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فبعد
ذلك اما ان يكون منه او من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب فلو جعلنا هذا من علوق
قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق
الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلانه
ذكر في الكتاب وهو واضح وفي رواية عن ابي يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر اما النصف
فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول **وقوله** ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ظاهر **وقوله**
يحتمل يعني فلا يصير به مراجعا بالشك قيل عليه ينبغي ان يصير مراجعا لان الوطء ههنا حلال لحمل
العلوق الى اقرب الاوقات وهي حالة العدة فتثبت به الرجعة واجيب بان في ذلك حملا لامرها على الطلاق
السنية لانه يصير مراجعا لها بدون الاشهاد بالفعل ولحمل العلوق الى ما قبل الطلاق صيانة
لحاله وفيه نظر لانه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعا بالشك وانما يجب ان يقول لا يصير مراجعا
لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق **وقوله** لان العلوق بعد الطلاق او الولد لا يبقى في بطن امه
اكثر من سنتين والظاهر انه منه والا لزم الزنا وهو منتف حملا لحالها على الصلاح فيلزم الا يلزم الزنا
لو لم يكن منه كان من الزنا للجواز انها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجا آخر لا يقال الفرض انها اذا لم
تتزوج لانا نقول الفرض انها لم تقر بانقضاء العدة او لو وطئها ثبتت الرجعة من غير تقديرها التطليق
واجيب بانه يمكن ذلك الا ان الحكم ببقاء النكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فيعب
القولة قال في النهاية في هذا اشارة الى الاشكال في مبسوطه وفيه نظر لانه غير دافع لما هو التزام السؤال
والصواب في الجواب ان المراد بقوله لا يثبت الزنا منه لازمه وهو تضييع الولد فان الزنا ملزوم لتضييع الولد
فيكون ذكر الملزوم وارادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال لانا اذا جعلنا الولد من نكاح يحصل
آخر يجب على الولد ايضا فكانه قال لا ينتفي التضييع منها بالزنا او ما في معناه فيه **قال** والمبتوتة
يثبت نسب ولدها منه اذا ولدت المبتوتة لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال ان يكون الولد

كان الظاهر فهو ولده واحد وكذا الابن على سبيل التفاؤل سعدى افندي

اي النكاح

اي قبل

سعدى افندي

كائنا وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان ولدت لتمام سنتين
من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق ولا لما ذكرنا ان الحمل على سنتين وهو باطل فلا
يكون منه لان وطأها حرام **قوله** الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت يعني انه ان ادعاه يثبت النسب
منه وان جاءت به لاكثر من سنتين ثم هل يحتاج الى تصديق المراة فيه روايتان **وقوله** لانه
التزمه اي التزم النسب عند دعواه وله وجه شرعا وهو وطؤها بشبهة في العدة والنسب يحتاط
في اثباته فيثبت فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تأتي
به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه الى
سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة وبيان الاحتمال
ما قيل ان الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل ان تكون حاملا
وقت الطلاق فتكون انقضاء عدتها بالوضع لانها اذا اقرت بانقضاء العدة بثلاثة اشهر ثم جاءت بالولد
لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان اقرارها فصارت كانها لم تقر بانقضاء
فيثبت النسب لهما ان لانقضاء عدتها جهة معينة وهي الاشهر لانا عرفناها صغيرة بيقين وما عرف كذلك
لا يحكم بزواله بالاحتمال فيمضيها يحكم الشرع بالانقضاء اقرت به او لم تقر فهو اي حكم الشرع في الدلالة فوق
اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله فلو اقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة اشهر لم يثبت
النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي والغرض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لانقضاء عدتها جهة معينة
وهي مضي اربعة اشهر وعشر ~~ما لم يكن الحبل ظاهرا واحترز من الكبيرة المتوفى عنها زوجها فانه لا انقضاء~~
~~عدتها جهة معينة وهي مضي اربعة اشهر وعشر ما لم يكن الحبل ظاهرا~~ ثم هناك يثبت النسب الى سنتين
عند علمائنا الثلاثة ولا نحكم بالانقضاء بالاشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما نحن فيه لم
يكن كذلك فالجواب سابق عند قوله لانا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وان كانت الصغيرة
مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الحكم عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعني ان ولدت لاقل
من تسعة اشهر يثبت النسب والا فلا وعند ابي يوسف يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا لانه
يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة
ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لانه اعرف بامر عدتها فيحكم باقرارها بلوغا فيثبت
نسب ولدها لاقل من سنتين في الطلاق البائن والى اقل من سبعة وعشرين شهرا في الرجعي **وقوله**
ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ظاهر **وقوله** لانا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى حاصله ان تعين كل من
الجانبين في الصغيرة امضينا الحكم على الاصل ولكن الاصل في الموضعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذي
بني عليه ايضا وذلك لان الاصل في الكبيرة الاحبال الغالب في حقها تعين جهة العدة بالاشهر والاصل
في الصغيرة عدمه فلذلك اعتبرنا في حقها تعين جهة العدة بالاشهر لا يقال الاصل في الكبيرة ايضا عدم
الاحبال لانا نقول ذلك في حق غير المنكوحة واما النكاح فلا تتعين الا الاحبال **قوله** وفيه اي في البلوغ شك
والصغر كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لتمام **وقوله**
وهذا اللفظ اشارة الى قوله فاذا اعترفت المعتدة بالاطلاق من حيث لم يقيد بمعتدة دون اخرى بينا وكل معتدة
يعني كانت معتدة من طلاق رجعي او باين بالاشهر او بالحيض فبل ذكر المرغيناني وقاضيخان الا الايسة
لو اقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسب ولدها فلم يبينا ان كل معتدة الا ان
بان كل معتدة غير الايسة وهذا مخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام رحمه الله في شرح الجامع الصغير
ان الايسة اذا اقرت بانقضاء العدة مفسرا بثلاثة اشهر المطلقة في مدة يصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت

بانقضائها

اذا ولدت المعتدة والمعتدة ...

لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ثبت النسب والا فلا قال واذا ولدت المعتدة والمعتدة طلاقه بائن
او رجعي ولدا فانكره الزوج لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله ما لم يشهد بولادتها رجلان او
رجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة
وقالا يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لان الفراش وهو تعيين المرأة للولد للزوج بحيث يثبت
منه نسب كل ولد تلده قائم لقيام العدة وهو اي قيام الفراش فلا حاجة الى اثباته وانما الحاجة الى
تعيين الولد وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام النكاح او ظهور الحبل او اقرار الزوج
ولابي حنيفة رحمه الله القول بالموجب يعني سلمنا ان الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة
ههنا ليست بقائمة لانها تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات
النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان النكاح قائما او الحبل ظاهرا او الاعتراف
به من الزوج صادرا لان النسب اذ ذاك ثابت قبل الولادة فلا يحتاج الى اثباته وانما الحاجة
الى التعيين وذلك يثبت بشهادتها قيل لا يحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال
واجيب بان النظر لا يلزم بل اذا دخلت بيتا بين يدي الشهود وهم يعلمون ان ليس فيه غيرها ثم خرجت
مع الولد يحكم بجواز الكل بالشهادة قال واذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدقها اي
اقر به جميع الورثة او جماعة منهم فقطع الحكم بشهادتهم كرجلين او رجل وامرأتين منهم فهو ابنه
في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب
بالنسبة الى غيرهم فهل يثبت اولا قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة كما ذكرنا وهم عدول يثبت لقيام
الحجة ولهذا قيل يشترط لفظ الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع الثبوت في حقهم
باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الاقامة
وقوله واذا تزوج الرجل امرأة ظاهر وقوله واللعان انما يجب بالقذف حتى لو نفى نفيا فاللعان
ههنا انما يجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة
وهو لا يجوز لان اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء ووجهه ان اللعان يجب
بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنى والقذف لا يستلزم وجود
الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وانما اضيف اللعان الى القذف
مجازا عنه فان ولدت المرأة ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت منذ ستة
اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح واعترض بوجهين
احدهما ان المرأة تسند العلوق الى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله والثاني ان
الظاهر شاهد له ايضا لان النكاح حادث فالاصل في الحوادث ان تضاف الى اقرب الاوقات
واجيب عن الاول بانه معارض بان الزوج يدعي اسناد العلوق الى زمان يسبق النكاح وهي تنكره فكان
القول قولها وعن الثاني بان النسب مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح ... على ان
ظاهر حالها يتاكد بظاهر حاله من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى فاسد
محرم على الزوج بهذا الكلام ينبغي ان يحرم فانه قيل يجب ان يحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه
وهي حبلى فصار كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود واجيب بالفرق بينهما من وجهين احدهما ان
النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز ان يكون الحمل من الزنا والثاني انه
وان اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه في ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من
جهة الشرع يبطل قوله ولم يذكر الخلاف فهو على الاختلاف يعني الاختلاف المذكور في الاشياء الستة

وقوله

وقوله اذا قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق ظاهر وقوله فيما يبتنى عليها وهو الطلاق يعني ان
الطلاق حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة في اثبات الولادة فكذا فيما يتعلق بها ضمنا وكم من
شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولابي حنيفة ان دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة
بشهادتها وانما دعواها حنثه في يمينه والحنث ليس بمخصوص بالولادة فلا يثبت الا بحجة كاملة
متناولة ضمنها الطلاق لكن لا يمكن اثباته بشهادتها ضمنا لان شهادتهن ضرورية في حق الولادة
لعدم حضور الرجال عندها فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وقيل بل ان يقول كلامنا في الطلاق
المعلق بالولادة والمعلق بالشيء لازم من لوازمه والولادة يثبت بشهادتها واذا ثبت الشيء ثبت بجميع
لوازمه وقوله وان كان الزوج قد اقر بالحبل يعني اذا اقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت
المرأة ولدت وكذبها الزوج فان الطلاق يقع عند ابي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الاختلاف اذا
كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة كما في المسألة الاولى
وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه الحبل وهو الولادة ولان باقراره يكون مؤتمنة فالقول قول
المؤتمن في دعوى رد الامانة وهذا ... ان وجود الشرط انما يستلزم وجود الجزاء عنده اذا كان
وجود الشرط بدليل يمكن ان يكون دليلا على الجزاء عند افراده عن الشرط والاقرار كذلك بخلاف
شهادة القابلة في المسألة الاولى فليحفظ فانه جواب الاعتراض ههنا قال واكثر مدة الحمل سنتان لقول
عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل اي بقدر ظل مغزل حالة
الدوران والغرض تقليل المدة فان ظل المغزل حالة الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال كذا في
المبسوط والايضاح وبعض نسخ الكتاب ولو بفلكة مغزل اي ولو بقدر فلكة مغزل والمعنى هو ما في
الرواية الاخرى والظاهر ان عائشة رضي الله عنها قالته سماعا لان العقل لا يهتدي الى معرفة المقادير
وانما قدم بيان اكثر المدة على اقلها اهتماما لما ذكر لكونه مختلفا فيه واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله
وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فيبقى للحمل ستة اشهر وهذا تاويل ابن عباس رضي
الله عنهما ذكره في المبسوط فقال روي ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة اشهر فهم عثمان رضي
الله عنه برجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون
شهرا وقال وفصاله في عامين فاذا ذهب الفصال عامان لم يبق للحمل الا ستة اشهر فدرأ عثمان رضي الله عنه
الحد عنها واثبت النسب من الزوج صاحب الهداية وهذا التقدير الذي ذكره ههنا في تاويل الاية يخالف ما ذكره في
الرضاع من هذا الكتاب لانه جعل هناك ثلاثين شهرا لكل واحد من الحمل والفصال الا ان الظاهر المنقص في
حق الحمل وههنا جعلها مدتهما جميعا ثم اصاب منهما للفصال عامان لقوله وفصاله في عامين وما بقي
للحمل ستة اشهر واجيب بان الاستدلال هناك انما كان بالنظر الى الاية الاولى وههنا بالنظر اليها والى الاخرى
وجاز ان يكون الاية تدل بالنظر الى ذاتها بعينها حكما وبالنظر اليها والى غيرها حكما اخر قال الشافعي رحمه
الله تقدير الاكثر باربع سنين واحتج على ذلك بان مثل محمد بن عجلان ... فاطمة بنت الوليد بن عتبة
بقي في بطن امه اربع سنين وكذلك هرم بن حيان والضحاك بن مزاحم هكذا سموه ضحاكا لانه ضحك حين
ولد وغيرهم ولنا ما روينا عن عائشة رضي الله عنها والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي
اليه والحكايات لا ... ما في الرحم وقوله ومن تزوج امة فطلقها يعني بعد الدخول طلاقا بائنا ...
~~فلانه في الوجه الاول يعني اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر ...~~
~~... اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر~~ ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء لانها ولدت
لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش كما في الوجه الثاني يعني

مما اذا جاءت به لستة اشهر او اكثر من وقت الشراء ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب الاوقات واقربها وقت
كونها مملوكة فلا يثبت الا بالدعوة قال المصنف رحمه الله هذا اذا كان الطلاق بائنا او خلعا او رجعيا اما
اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة بتطليقتين فلا
تحل له بملك اليمين واذا لم تحل لا يقضي بالعلوق من اقرب الاوقات بل من ابعدها حملا لامور المسلمين
على الصلاح وابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق
واجيب بان ملك اليمين فيضاف الولد الى اقرب الاوقات فتحصل بنكاحه ولد الامة فلا يثبت نسبه
بغير دعوة فان قيل وجب ان ينكشف الحرمة بملك اليمين وان كانت الحرمة غليظة تمسكا بقوله تعالى والذين
هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم اجيب بانه وجب ان لا ينكشف تمسكا بقوله
تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية في الامة بمنزلة الثالثة في الحرة
والمحرم اقوى ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة فهي ام
ولده لان النسب يثبت بالدعوة وقد صدق المولى بقوله فهو مني وانما الحاجة الى تعيين
الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان
ولدت لستة اشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا
هذا الولد فلا يلزمه الا اذا تيقنا بقيام الولد في البطن وقت القول فيصح الدعوة وقوله ومن
قال لغلام هو ابني واضح واعترض بانه ينبغي ان لا يكون لها الميراث في الاستحسان ايضا لان هذا ثبت
اقتضاء فيتقدر بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الارث واجيب بان النكاح على نوعين
لا ينقسم الى نكاح هو سبب استحقاق الارث ونكاح ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء
ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا واما ما يقال على ما هو الاصل لئلا يرد نكاح الكتابية والامة
لانه من العوارض وردنا ان لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان المقتضي انما يثبت لتصحيح المقتضي لا محالة
والمقتضي ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضي وهو النكاح عن وطء بشبهة اذ يكون الولد ولدا
للزوج فلا يقتضي ثبوت النسب الى النكاح لا محالة وهذا سؤال انما نشأ من عدم فهم وجه الاستحسان فانه
قال فيه الكلام فيما اذا كانت معروفة بالحرية فلا يمكن ان يكون ام ولد فقال لو النكاح الصحيح هو المتعين
لذلك وضعا وعادة وحينئذ لا يكون عن وطء شبهة فسقط هذا والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب الولد من احق به

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة للاحتياج الى بيان ما اذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق
بالولد لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت
ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال صلى الله عليه
وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق عليه لزيادة اتصاله بها من حيث تكونه بالمخض واقدر
على الحضانة لملازمتها البيت فكان في التفويض اليها زيادة مرحمة لمنفعة حفظها واليه اشار ابو بكر الصديق رضي
الله عنه روي ان عمر رضي الله عنه خاصم ام عاصم بين يدي ابي بكر لينتزع العاصم منها فقال له ابو بكر رضي الله
عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قال ذلك والصحابة حاضرون متوافرون ولم ينكر احد والنفقة

على الاب

على الاب على ما نذكر قوله ولا تجبر الام عليه اي على اخذ الولد اذا ابت او طلبت لما ذكرنا الا ان لا يكون للولد ذو رحم
محرم منه سوى الام فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه فان لم يكن
لها ام بان ماتت او تزوجت باجنبي فانها كالمعدومة حينئذ فام الام اولى من ام الاب وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد
من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن فمن كانت تدلي اليه بام فهي اولى ممن تدلي باب ويستوي في
ذلك المسلمة والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل
كل شيء يحب ولده حتى الحبارى فان لم تكن له ام الام بالتفسير المار فام الاب اولى من الاخوات
لانها من الامهات وهذه الولاية للامومة ولهذا اي ولكون الحق من الامهات تحرز ميراث الامهات
السدس لانها اوفر شفقة للولاد اي لاجل الولاد فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات
لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية كتاب النكاح اعتبارا بقرب القرابة والاخت
اقرب لانها ولد الابوين والخالة ولد الجد وقال في كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب اعتبارا
بالمدلي به فان الخالة تدلي بالام وقيدنا بذلك لقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقد قيل في تفسير
قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وقوله وتقدم الاخت لاب وام ظاهر ومعناه انه
ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة شفقة قال في النهاية فيجوز الترجيح
بما لا يكون علة للاستحقاق الا ترى ان الاخ لاب وام مقدم في العصوبة على الاخ لاب بسبب قرابة
الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها كذا في المبسوط والجامع الصغير لقاضي خان
وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها اما للحضانة فقرابة الام سبب استحقاق
الحضانة فان لها ذلك عند عدم قرابة الام قال وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها لما ذكرنا لاحق الحضانة
يعني ذكرنا سقط حقها فيها اذا تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي
ولان حق الحضانة للنظر الصغير وقد فات عند التزوج لان زوج الام يعطيه نزرا اي قليلا وينظر اليه
شزرا اي نظر المبغض ولا نظر له الا اذا كان زوجها الجد لانه قائم مقام ابيه فينظر اليه
وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد كالعم اذا تزوج بام الولد لقيام الشفقة نظرا الى القرابة
القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم يكن للصبي
امرأة من اهله فاختصم الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب
في موضعه في باب الميراث وولاية الانكاح فان اجتمع اخوة لاب وام فاصلحهم دينا وورعا احق به
لان ضمه اليه انفع لانه يتخلق باخلاقه فان تساووا فاكبرهم سنا احق به لان حقه اسبق ثبوتا فعند
التعارض يترجح به كذا في المبسوط غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة
وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع الى الخال تحرزا عن الفتنة كذا روي عن محمد
وذكر التمرتاشي فان لم يكن واحد من العصبة تدفع الى الاخ لام عند ابي حنيفة رحمه الله ثم
الى ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد لا حق للذكور من قبل النساء والتدبير للقاضي تدفع الى
ثقة تحضنها وقوله والام والجدة احق بالغلام واضح وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة
لفظ يستغني وحده لفظ التسلجي في ذكر ان المغني واحد وهو ظاهر وقوله اعتبارا للغالب يعني
ان الصبي في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة في التربية وحينئذ يستغني وقوله
يحتاج الى معرفة اداب النساء كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها والمرأة على ذلك اقدر من الرجل
وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين بالتزويج وولاية التزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنة والاب
فيه اقوى واهدى لان الرجال عن الغيرة ليس بالنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا يمكن الام في ذلك

هشام عن محمد انها اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب لتحقق الحاجة الى الصيانة وحد الشهوة ان تبلغ احدى عشرة سنة في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه ابو الليث حد الشهوة ان تبلغ تسع سنين وقيل اذا بلغت ست سنين او سبع او ثمان ان كانت عبلة **وقوله** ومن سوى الام والجدة يعني اذا كانت الصغيرة عند الاخوات او الخالات او العمات فانهن يمسكنها الى ان تبلغ حد الشهوة على رواية القدوري وحتى تستغني على رواية الجامع الصغير فتاكل وحدها وتلبس وحدها لانها وان كانت تحتاج الى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام الصغيرة وليس لغير الام والجدتين ولاية الاستخدام ولهذا لا تواجرها الجدة فلا يحصل المقصود وهو التعلم بخلاف الام والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا والجارية اذا اعتقها مولاها والولد اذا اعتقت كالام في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم بان كان زوجها مسلما ما لم يعقل الاديان او يخاف بالرفع على استيناف دبالجزم عطفا على يعقل ان يالف الكفر لان الدفع اليها قبل ذلك انظر الصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش احوال الكفر في ذهنه فحاصل الغلام والجارية يعني بين الابوين وقال الشافعي رحمه الله ورضي عنه لهما ذلك اذا بلغا سن التمييز وتسلم الى من اختاره منهما لان الاب لاحتياجه الى الزيادة وان اختار الام تعلمه الاب مراعاته وتسليمه الى المكتب والحرفة لان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين روى رافع بن سنان رضي الله عنه انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية واقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية الى امها فقال اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها ولنا ان الصغير لقصور عقله يختار من عنده الدعة اي الخفض والراحة لتخليه بينه وبين اللعب كذا في المغرب والحاصل ان المذكور في قصة الصبي هو الصبية والحديث ليس فيه اذا كان بالغا في اختياره نظر لانه لا يعرف ما يصلحه وقد صح ان الصحابة لم يخيروا وما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين من غير ذكر ما يدل على الصغير قال المصنف الاول بقوله بكلمة قد دعا صلى الله عليه وسلم الآخر والثاني بقوله او يحمل على ما اذا كان بالغا **فصل** لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الاخراج الى القرى وغيره في فصل على حدة واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فذلك على اربعة اقسام اما ان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه واما ان تخرج الى ما ليس بوطنها ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الى وطنها ولم يقع العقد فيه وهي اقسام العقلية فان اتفق امران جميعا بان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز والا فلا كما ذكر في الكتاب **وقوله** لانه التزم المقام عرفا وشرعا دليل المستثنى **وقوله** فلهذا يصير الحربي اي الشخص الحربي ذكرا كان او انثى به اي بالتزوج في بلدة ذميا قال في النهاية وهذا وقع غلطا لان المصنف ذكر في الشرح وذكر ايضا في سير سائر الكتب اذا تزوج المستامن من ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع **واجيب** بان الضمير في به يرجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه يؤول الى ان بقال انه بالتزوج في بلد التزم المقام وبالتزام المقام يصير الحربي ذميا ويلزمه فيه ان بالتزوج في بلد يصير الحربي ذميا فعاد المحذور لان لم يجعل متعلقا بذلك يسقط الكلام عما قيل ولا ينبغي ان يجعل الحربي فلا يليق ذلك بمثل المصنف فعبر بعضهم لفظ الحربي صيغة الشخص كما قررناه في اول البحث وحينئذ يراد به الحربية ولكن ذكره بناء على الشخص فخفف الحرج عن كونه غلطا الى كونه ملبسا ومنهم من جعله من باب القياس والاستحسان وجعل ما ذكرها هنا وجه القياس لان التزوج في بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لا سيما اذا كانت المرأة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة وما ذكر في السير فوجه الاستحسان

لان التزوج وان صلح دليلا على التزام المقام كتزوج الحربية الذمي الا ان قبول الجزية الموجب للذل والصغار مانع وترك بان هذا القياس والاستحسان لا وجه له لا الى المنع من اطلاق الاسم عليهما واقول ان ثبت في الحربي يتزوج في بلد المسلمين ان يصير به ذميا رواية صح استخراج وجه القياس والاستحسان والا فلا **وقوله** في الكتاب يريد به القدوري ووجه كلامه في القدوري والجامع الصغير ما ذكره في الكتاب وهو واضح واما في عكس هذه المسألة وهي ان تخرج الى وطنها ولم يكن العقد فيه فليس لها ان تنتقل بالاولاد اليه باتفاق الروايات واما القسم الآخر وهو ما لا يكون وطنا ولا وقع العقد فيه فانما اقتصر على ذكره في ظهوره من الاقسام الباقية **وقوله** والحاصل ظاهر مما ذكرنا قال صاحب النهاية تحكم ظهور هذين الوصفين لا بد من وصف آخر هو شرط فيه ايضا وهو ان لا ينتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها ووقع العقد فيها وفيه نظر لان الحربية اذا تزوج في دار الاسلام يصير ذمية فلا يتيسر لها الانتقال اليها **والجواب** انه مراده مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب ثم جاء الى دار الاسلام ووقعت الفرقة فيما بينهما فارادت الخروج الى دار الحرب بولدها لم يمكن من ذلك وان وجد الامران جميعا والنبأ في ظاهره والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب النفقة

لما فرغ من بيان حق الحضانة اي حضانة الولد ومن له الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكرها يحتاج اليه من السكنى وغيره والنفقة اسم بمعنى الانفاق وهو عبارة عن الادرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه ونفقة الشخص على غيره تجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك لان النفقة على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزءه وكذا على الوالدين **قال** النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله قال في النهاية هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية بل بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج الا ترى ان الزوج لو لم يطالبها بالانتقال الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة وقال في الايضاح وهذا لان النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها والاصل في ذلك اي في وجوب النفقة قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته امرا بالانفاق والامر للوجوب وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف اي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره بما يعرفون انه العدل على قدر الامكان وكلمة على للوجوب وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع اوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا وان لا ياذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وتوقض بالرهن فانه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته ليست عليه بل هي على الراهن **واجيب** بان الرهن محبوس بحق الراهن ايضا وهو كونه موفيا عند الهلاك ولهذا لم تجب النفقة على المرتهن وعدة الدلائل يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة لا تفصل فيها فيستوي المسلمة والكافرة وتعتبر في ذلك حالها هذا لفظ القدوري قال المصنف وهذا اي اعتبار حالها في ذلك اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره

اي تفسير قول الخصاف وهو على اربعة اقسام قسمة عقلية اما ان يكونا موسرين او معسرين او الزوج
موسرا والزوجة معسرة او على العكس من ذلك ففي الاول يجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة الاعسار وفي
الثالث نفقتها دون الموسرات وفوق المعسرات اذا كان الزوج ياكل الحلوى واللحم المشوي والباجات
والمرأة كانت تاكل في بيتها خبز الشعير لا يؤخذ الزوج بان تطعمها ما ياكل بنفسه ولا ما كانت المرأة تاكل
في بيتها ولكن يطعمها خبز البر وباجة او باجتين كيلا يلحقها الضرر ولم يرد على ما فهم من القسم الثالث من
توسط الحال وفي الرابع في ظاهر الرواية نفقتها لما تزوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين
فلا يستحق على الزوج الا بحسب حاله وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي وهو ظاهر الرواية
عن اصحابنا والدليل عليه قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق
مما آتاه الله اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا وامره بالانفاق فلا مصير الى غيره وجه الاول يعني قول
الخصاف في اعتبار حالهما قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة ابي سفيان رواه البخاري باسناده
الى عائشة رضي الله عنها ان هند بنت عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني
وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر حالها وقد قيل ان تقرير
هذا الدليل غير مطابق للمدعى لان المدعى هو اعتبار حالهما والحديث يدل على اعتبار حالها فقط على ما شرح به
الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بان المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها فانه يدل عليه وللخصم [illegible]
فانه بهاية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها فجمع بينهما بان يكون حاله معتدلا
من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا تقرير التعارض والحديث لا يعارض الاية لكونه من الاحاد
فالجواب ان الحديث مشهور [illegible] قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فتكون المعارضة
بين الايتين فجمع بينهما قال المصنف اختيارا منه لقول الخصاف وهو اي اعتبار حالهما هو الفقه فان
النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة [illegible]
نظر الى حال الزوج واجاب عن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته [illegible]
[illegible]
الباقي في ذمته عملا بالادلة [illegible] مع العجز وقوله ومعنى قوله بالمعروف الوسط اشارة
الى ما قدمنا انا جمعنا قوله تعالى وكسوتهن بالمعروف الوسط ليكون مجموعا عن قول الخصاف انه تعالى قال
وعلى المولود له لعتبر الرجل وقال بالمعروف اشارة الى ان لا يزاد على ما في وسعه ان كانت حالها تقتضيه
ووجهه كونه حقا بانه اذا كان معسرا بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وبين حال المرأة
وهو الواجب وقوله وبه اي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال زوجك ما يكفيك تبين انه لا معنى
للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب
كفاية لا يتقدر في نفسه شرعا لانها مما يختلف فيها احوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الاوقات
والاماكن ففي التقدير قد يكون اضرارا ان استغنت عنه [illegible] قبل الدخول ونحن على قول ابي
حنيفة رضي الله عنه فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان تطلب المهر المعجل اولا فان كان الاول فلها النفقة لانه
كان واحدا من المهر والنفقة حق من حقوقها فمطالبة احدهما لا يسقط الاخر وان كان الثاني فهي ناشزة
لان الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة نفسها منه [illegible] وانما قيل الخارجة من
منزل الزوج لانها اذا كانت ناشزة معه في الظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا او كرها فلا تبطل
النفقة فان كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهي بمنزلة الخروج من بيته
واذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب

النفقة

النفقة فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها نفقتها
فالجواب انا لا نسلم انها لم تفصل فان الله تعالى قال وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وذلك تدبير الى تسليم النفس
لان الوالدة بدون ذلك لا تتصور وقوله بخلاف ما اذا امتنعت متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها وقوله
وان كانت صغيرة لا يستمتع بها اي لا توطأ فلا نفقة لها سواء كانت في منزل الزوج او لم تكن حتى تصير الى
الحالة التي تطيق الجماع لان الاستمتاع اما ان يكون بمعنى فيها والاحتباس الموجب النفقة هو ما يكون وسيلة
الى مقصود مستحق بالنكاح وهو الجماع او دواعيه ولم يوجد لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه
لانها غير مشتهاة واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة
واجيب بان الدواعي غير فائتة بانتفاء معنى يختصها وغيره بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى قالوا ان
كانت الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة وقال الشافعي رحمه الله لها النفقة
لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة على اليمين وهذا لان وجوبها بسبب الحلة والصغيرة
والكبيرة فيها سواء كالمملوكة وقلنا ان المهر عوض عن الملك لان العوض هو ما يدخل تحت العقد والشيء
الداخل تحته هو المهر دون النفقة واذا كان المهر عوضا لا يكون النفقة عوضا لئلا يجتمع عوضان
عن معوض واحد فكان المهر دون النفقة وقوله وان كان الزوج صغيرا بيان ذكر العجز عن جانبه
وهو ظاهر وقوله بذكر العجز من الطرفين بان كانا صغيرين لا يطيقان الجماع فلو اعتبر جانب الصغير وجبت
كما في الكبيرة ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة والزوج كبير فان في الذخيرة لا نفقة لها لان
المنع لمعنى جاء من جهتها والا لكان يكون في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها
قائم وهو قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة وقوله وكذا لان الدليل يجعل الغائب وقوله واذا حبست
ظاهر وقوله والفتوى على الاول يعني على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة المغصوبة فيما مضى وقوله
والفتوى على الاول يعني على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة المغصوبة فيما مضى وقوله لانه فوات
الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته فاذا كان الفوات
لمعنى من جهته امكن ان يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا يجب النفقة قوله وكذا
اذا حجت مع محرم يعني بدون الزوج سقطت النفقة لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف ان لها
النفقة لان اقامة الفرض عذر وكلامه واضح وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه
وقوله فان مرضت في منزل الزوج على ما ذكره في الكتاب ظاهر [illegible] بقوله قيل هذا الخلاف
المريضة على ما تبين وقوله وفي لفظ الكتاب يعني القدوري ما يشير اليه وهو قوله فان مرضت
في منزل الزوج فانه يشير الى انها سلمت نفسها الى منزل الزوج فمرضت فيه قال وتفرض على الزوج
النفقة لما كان قوله وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله والمراد به بيان
نفقة الخادم وذكر وجهه ونحوه وهو ظاهر واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة على الزوج
فمنهم من قال المملوك لها خاصة فاذا كانت حرة او لم يكن مملوكا لها لا يستحق النفقة على الزوج فمنهم من قال
المملوك لها خاصة لو كانت حرة او لم يكن مملوكا لها لا يستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها نفقة
الخادم انما هو باعتبار ملكها الخادم فاذا لم يكن لها خادم لا يستوجبه كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق
كفاية الخادم في بيت المال ومنهم من قال كل من يخدمها حرة كانت او مملوكة لها او لغيرها تستحق وقوله
لا يفرض لاكثر من خادم واحد ظاهر وقوله وقال بعض المشايخ ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم
والتسوية ههنا معتبر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة وقوله وهو ادنى الكفاية
يعني ينقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن في حق الادام دون الخبز واعلى الادام اللحم واوسطه الزيت وادناه

الخوا واللبن **وقوله** خلافا لما قال محمد يعني مما قال محمد ان الزوج اذا كان معسرا كان لها خادم يجب عليه
نفقته لانه اذا كان لها خادم يجب عليه نفقتها فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كما
لو كان موسرا **وقوله** لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية دليل الاصح ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق
بينهما ويقال لها استديني عليه اي اشتري الطعام نسيئة على ان يقضي الثمن منها الزوج وقال الشافعي
يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فان ابى ناب القاضي منابه كما في الجب
والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى من الجماع لان انقطاع الاول مهلك دون الثاني ولنا
التفريق عنه فسخ لا طلاق واما انه فسخ فلان الفرقة بالتفريق تبطل الذي لا يصل اليه الا بسبب جديد وحقها يتأخر
لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني ولا قول في التأخير للضرر فيتحمل ادنى الضررين
لدفع الاعلى **وقوله** وفوت المال وهو تابع جواب عن القياس على الجب والعنة **وتقريره** ان هذا قياس
مع الفارق وهو باطل وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال وهو تابع في باب النكاح والعجز
عن الوصول الى المرأة بسبب الجب والعنة انما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم
من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جواز ذهابه عن التابع **فان قيل** لا فائدة في الاذن لها بالاستدانة
مع الفرض لانه يمكنها الاستدانة بغير اذن الزوج يعني من غير رضا الزوج اجيب باعلم ان العجز عن النفقة
انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقة وبعث الامر الى
الحاكم الشافعي يفرق بينهما لان المشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى في فصل مجتهد فيه فان التفريق
بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغائب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا ينفذ قضاؤه لان العجز
لا يعرف حال الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء
الى قاض آخر فامضاه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في فصل مجتهد فيه اذا العجز لم يثبت واذا
قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب
اليسار والاعسار **وقوله** وما قضى به حال الاعسار الى آخره لا يتم لها نفقة اليسار لانه فيه نقض القضاء
الاول وتقرير ما مضى به تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا وتقدير ما لم يجب
لا يكون الا رضا وانما تبدل السبب الموجب قبل وجوبه واذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم فاذا
تبدل الحال جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان نحو هذا بمنزلة ما اذا فرض نفقة الاعسار على الموسر لان
~~ما يكون لازما حكم الحاكم فاذا تبدل الحال جاز لها المطالبة بتمام حقها~~
~~نفقة الاعسار على الموسر~~ لا ينتقض الحكم الا بتبدل على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغيير
وكذلك حكم عكس هذه المسئلة **قوله** واذا مضت مدة طال **وقوله** على ما مر من قبل يريد قوله لان
المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فان قيل ما تقدم يدل على انها ليست بعوض
عن البضع لكن لا ينافي ان يكون عوضا عن الاحتباس والقيام عليها قلت بتلك فيه لانه لما صح العقد كان
الاستمتاع والقيام عليها تصرفا في ملكه وذلك لا يوجب على المالك عوضا **فان قيل** لو كانت صلة لما
وجبت على المكاتب **اجيب** بانها صلة من وجه وما هذا شانه يجب على المكاتب كالخروج فاذا ثبت انها
صلة لا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والتراضي في هذا بمنزلة
القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي **قوله** بخلاف المهر متصل بقوله ولكنه ليست بعوض
وان مات الزوج بعدما قضي عليه بالنفقة ومما كان امرها بالاستدانة عليه ومضت شهور سقطت النفقة
وكذلك اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت لان القاضي لما امرها بذلك كان استدانتها
استدانة الزوج لعموم ولايته عليها ولو استدانت بنفسه لم يبطل بالموت فكذا اذا استدانت بحكم القاضي فان

قيل القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لانها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة
ولا يلزم من جواز سقوط الغير مؤكد جواز سقوط المؤكد **والجواب** بان معنى الصلة فيها بعد القضاء
باق كما كان قبله لان المعنى من الصلة ان يجب لما ليس بمقابلة ما المال بها العوض كذلك فعلى بسقوطها
بعد القضاء بالموت قال في الايضاح انها وان صارت دينا عليه لكن معنى الصلة لم يبطل عليه والصلات
تبطل بالموت قبل القبض **وقوله** وقال الشافعي ظاهر **قوله** وجوابه تذكيرنا اشارة الى ما تقدم من قوله
ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضا عن البضع
وقوله وان اسلفها نفقة السنة يعني اذا عجل لها نفقة السنة ثم مات او ماتت قبل مضي المدة لم
يرجع ولا على تركتها بشيء من قول ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله تحتسب لها بنفقة ما مضى وما
بقي للزوج ان كان قائما وقيمته ان كان مستهلكا وهو قول الشافعي رحمه الله ووجه كل من الجانبين
ما ذكره في الكتاب وهو واضح **وقوله** لانه يسير فصار في حكم الحال يعني اذا اخذت النفقة الزوجة
في الحال لا تسترد بالموت فكذا لا تسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر **وقوله** واذا تزوج العبد حرة
ظاهر قال شمس الائمة السرخسي ان بيع ثم لم يجتمع عليه النفقة مرة اخرى يبيع ثانيا وليس في شيء من
ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة وهذا لان النفقة تتجدد وجوبها بمضي الزمان
فذلك في حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون فلو مات العبد سقطت النفقة لا يؤاخذ المولى
بشيء لفوات محل استيفاء وكذا اذا قتل **وقوله** في الصحيح احترازا عن قول الكرخي انها تكون في قيمته
قال الشيخ ابو الحسن القدوري الصحيح ان تسقط لانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة
انما تقوم مقام الرقبة في دين كان يستوفى ببيعه ولم يذكر المدبر والمكاتب اذا تزوجا باذن المولى والنفقة
فيهما تتعلق بالكسب وان تزوج الحر امة فبوأها طاهر **قوله** لا نفقة لها لعدم الاحتباس يقال عليه ان عدم
الاحتباس بخصوص المولى لحق له شرعا فكان كالاحتباس لحق لا اخل صلاتها فينبغي ان لا يسقط **واجيب**
بان الحرة اذا حبست نفسها لصداقها لما نفوت من قبل الزوج **قوله** والتبوئة غير لازمة على ما مر
في النكاح اي في باب نكاح الرقيق حيث قال واذا بوأها ثم بدا له ان يستخدمها كان له ذلك لان حق
المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح **قوله** ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها ظاهر
وام الولد فيه هذا اي في عدم وجوب النفقة والمدبرة كالامة ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت
باذن المولى فهي كالحرة فلا تحتاج الى التبوئة لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها لصيرورتها
اخص بنفسها ومنافعها بعقد الكتابة ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة
فصل لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى قال وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة
ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد
اوجب الله تعالى مقرونا بالنفقة حيث قال اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من
وجدكم واذا وجب السكنى حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيها لانها تتضرر فانها لا تأمن
على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع وكلامه واضح **وقوله** وهو الصحيح احتراز
عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر واذا غاب الرجل وله
في يد رجل مال يعترف به وبالزوجية وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال النفقة لزوجته
وولده الصغار ووالديه وان لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضي ذلك فكذلك لانه لما اقر بالزوجية
والوديعة فقد اقر بان حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه كما في حديث
هند امرأة ابي سفيان واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فان اقراره ههنا اسلك

ثم لا يمين اقرار صاحب اليد معتبر في حق نفسه لتعين طريق اثبات الحق في اقراره لعدم اثباته بالبينة فانه
لو انكر احد الامرين لان اقامتها ان كانت لاثبات الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه وان كانت لاثبات
الوديعة فالمرأة ليست بخصم في حقوق الغائب واذا ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغائب
لكونهما اقربه ملكه فطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا احضر صاحب الدين غريم الغائب او
مودع ماله وهما معترفان بثبوت دين للمدعي على الغائب فان القاضي لا يأمر بقضاء دينه من الوديعة
والدين **واجيب** بان امر القاضي في حق الغائب بما هو النظر له وفي الامر بالانفاق على المرأة في
ذلك ابقاء ملكه وليس في قضاء الدين نظر لان فيه قضاء عليه بقول الغير بازالة ملكه ثم اذا كان القاضي
انما يأمر المودع بالانفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه الذي لا يحتمله اولى وكذا
اذا كان المال في يد مضاربه لانه امانة من وجه وكذا اذا كان دينا **وقوله** وهذا اي ما ذكر
من جواز فرض القاضي النفقة اذا كان المال من جنس حقها في النفقة دراهم او دنانير او طعاما او كان
ثيابا من جنس حقها في الكسوة اما اذا كان المال من خلاف جنسه فلا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج
الى البيع ولا يباع مال الغائب ههنا بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على
الحاضر لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجر ولا حجر على الحر العاقل البالغ عنده فكذا على الغائب
بطريق الاولى واما عندهما ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع
فلا يقضي على الغائب لعدم ذلك **قال** ويأخذ منها كفيلا نظرا للغائب من بيت المال اذا اعترف وبالزوجية
نظر القاضي فيحلفها بالله انها ما استوفت النفقة فاذا حلفت دفع اليها النفقة واخذ منها كفيلا لجواز
ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ايفاء نفقتها فان لم يفعل ذلك كان الزوج مخيرا في اخذ ايهما شاء من
المرأة والكفيل وكلامه في الزوجة يقتضي بنفقته في مال غائب لا لهم يعني زوجة الغائب وولده
الصغار ووالديه واما غيرهم من المحارم كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم
فيه ووجه الفرق ما ذكر في الكتاب **وقوله** لانه مجتهد فيه قيل لان الشافعي لا يوجب النفقة
لغير الوالدين والمولودين وفيه نظر سيأتي **وقوله** ولو لم يعلم القاضي بذلك متصل بقوله وكذا اذا
علم القاضي بذلك **وقوله** ولو لم يكن يعني الرجل معترفا به متصل بقوله يعترف به وبالزوجية **وقوله**
فاقامت البينة على الزوجية يعني في الصورتين اذا كان ثمة وديعة لكن ينكر الزوجية وكلامه
ظاهر **وقوله** في هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها من تلك الاقاويل ما ذكر من قولهم اذا
جحد المديون او المودع الزوجية يجمع بينهما وبين المال في يده فكان ابو حنيفة يقول اولا يقبل
بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا تقبل بينتها ومنها ما اذا لم يكن للزوج الغائب مال كما طلبت
المرأة من القاضي ان يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويأمرها بالاستدانة انه لا يجيب
الى ذلك لان هذا قضاء على الغائب وهذا قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر ثم رجع الى ذلك
وهو المذكور في الكتاب وان كان للغائب دين او وديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين
والوديعة والنكاح فالقاضي يأمره بالانفاق من الوديعة لان القاضي نصب ناظرا ونظر الغائب
في الكفاية بالوديعة لانها تحتمل الهلاك بخلاف الدين **فصل** لما فرغ من بيان النفقة والسكنى
حال قيام النكاح بينهما شرع في بيانهما بعد المفارقة واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى حال قيام النكاح
بينهما في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة وهي التي طلقها الزوج
ثلاثا او طلقها بعوض وان كانت واحدة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعد قائم
لا سيما عندنا فانه لا يحل له الوطء كما تقدم واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس رواه

مسلم

مسلم وابي داود والترمذي والنسائي وابن ماجة **وقوله** لانا عرفناه اي وجوب نفقة الحامل
بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن والدليل على انه في المطلقات آخر الآية
وهو قوله حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل وصار كما اذا كان
حاملا اعترض عليه بان الحامل لو كانت كالحائل في وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل
في النص فائدة **واجيب** بان الفائدة رفع الاشتباه وبيانه ان الحامل تستحق النفقة لانه قد
كان يشتبه بان الحامل انما تستحق ذلك المقدار او زيادة فوق ذلك وقيل النفقة في جميع مدة
الحمل حتى يضعن حملهن **وقوله** ولا نترك كتاب ربنا يريد به قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم
من وجدكم ووجه ذلك ان الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما يملكه به الاسكان فانه قد
يملك الاسكان في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يمكنه الانفاق من غير ملكه فكان تقديره والله اعلم ما قال
ابن مسعود رضي الله عنه وانفقوا عليهن من وجدكم **وقوله** سنة نبينا يريد به قوله سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة وردها ايضا زيد
بن ثابت واسامة بن زيد هو زوج فاطمة بنت قيس الراوية فان اسامة اذا سمعها تحدث بهذا الحديث
رماها بكل شيء في يده وقالت عائشة رضي الله عنها تلك المرأة فتنت العالم اي بروايتها هذا الحديث
وقوله ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ظاهر **وقوله** وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة
وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها اما السكنى فلانها واجبة باي فرقة جاءت لان القرار في البيت
مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها فاما النفقة فواجبة لها فيسقط ذلك بمعصيتها من قبلها واما
الردة فقد ذكرها شيخ الاسلام في مبسوطه وقال انما تسقط نفقة المرتدة اذا اخرجت للحبس من بيت
العدة واما اذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت
والعياذ بالله تعالى سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة ~~وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت~~
~~والعياذ بالله سقطت نفقتها~~ والفرق ما ذكر في الكتاب وهو واضح قال في النهاية وهذا الذي ذكره
في الطلاق البائن والطلقات الثلاث واما المعتدة بالطلاق الرجعي اذا قبلها ابن الزوج او قبلته بشهوة
وهي مطاوعة او ارتدت حبست او لم تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق الرجعي لا تقع به الفرقة فكان وقوع
الفرقة بسبب ردتها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق البائن **فصل**
لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع في بيان نفقة الاولاد الصغار على الاب خاصة لا يشاركه
فيها احد في ظاهر الرواية وقد روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب
ميراثهما بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ووجه الظاهر قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف قيل في وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد
بطريق الاولى وبيان ان وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد ان الحكم ترتب على مشتق وترتيبه على المشتق
دليل على علية ذلك المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن على الزوج
هو الاحتباس فلو جاز ان يكون غيره علة لذلك لتوارد علتان على معلول واحد والجواب ان العلة ههنا الولاد
لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة اذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد كما يجب النفقة
على نفسه يجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضي اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل ثبوت
الولاد فاذا تحقق اضيف الحكم اليه ويجوز ان يقال الاستدلال بالآية على نفي المشاركة احد في نفقة الزوجة
بعد نفي الظاهر وقد ثبت عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لكنه لا يشارك الاشتراك في ذلك النفقة الثابتة
بها فاذا انتفى الاشتراك فاما ان يثبت على الاب او على غيره والثاني باطل بالاتفاق فتعين الاول وان كان الصغير

بالبس

رضيعًا على الام ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة فكما لا يجب عليه نفقته اذا لم تجب عليه ان يستاجر من ترضعه اذا وجدت ولانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها **فان قيل** فما معنى قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين قلت ان كان معناه الاخبار عن فعلهن حين يفعلن فلا يحتاج الى الجواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب او الوجوب اذا لم توجد من ترضعه او لم يقبل الصغير ثدي غيرها وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله الا انها اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع فهو محمول على الوجوب عليها ديانة حتى لا تجوز باستيجارها على الارضاع اذا كانت في عصمته او معتدته على ما ذكره في الكتاب واستدل به **فان قيل** لما كان معنى الامر وجب ان يتناول باطلاقه المنكوحة والمبانة **قلت** ان قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن بعد الارضاع فلو كان قوله يرضعن على اطلاقه لوجب الارضاع على المطلقات وفي ذلك ابطال احدى الايتين فحملناه على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية رواية واحدة والمبتوتة في رواية اذا كانت في العدة عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح **وقوله** ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه بان اسلم الصبي بنفسه والاب كافر او على العكس لان اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح كما تجب نفقة الزوجة وان خالفته في دينه فاما الولد فلاطلاق ما تلونا يريد به قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن الاية ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه وكفره لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه يقتضي وجوب النفقة باعتبار الاحتباس الثابت به اي بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة الكتابية موجود والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجود لكن لم لا يجوز ان الكفر مانع كما في استحقاق الارث فالجواب ان ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والمراد بما ليس سببه العقد ما كان مبنيا على الولاية والكفر ينافيها ولو استدل على نفقة الزوجة ايضا باطلاق قوله تعالى وعلى المولود له الاية كان اسهل بيانا لانه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة لما تقدم ولم يحتج الى دفع ما يوهم كلامه من التردد في سبب النفقة فانه جعله هاهنا العقد الصحيح وجعله في قوله وعلى المولود وجزئه الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه **وقوله** في جميع ما ذكرناه احترز به عن نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته انما تجب على الاب اذا لم يكن للصغير مال … العموم يريد به في سياق النفي سواء كان من جنس النفقة او من غير جنسها اردد … او ثيابا او عقارا قال في الذخيرة اذا كان للصغير عقار او ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة كان للاب ان يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الاصل في نفقة الانسان ان يكون في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا واعترض بان نفقة المراة على زوجها وان كان لها مال فالاصل منتقض والجواب ان الاصل … منتقض … لا يتغير لانها مفروضة … في نفقة المراة … وذلك لان نفقة المراة في مقابلة الاحتباس فاما كانت النفقة واجبة تحقيقا للعادة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى **فصل** لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد ويجب على الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا قيل نزلت في سعد بن ابي وقاص … اسلم قالت امه حمنة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني سقف بيت من الضح والريح ولا اكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد وترجع الى ما كنت عليه وكان احب ولدها اليها فابى سعد وصبرت

هيلانة

هي ثلاثة ايام ولياليها لا تاكل ولا تشرب ولا تستظل حتى غشي عليها فاتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكى ذلك اليه فنزلت هذه الاية وليس من المعروف ان يعيش الولد في نعم الله ويتركهما … في تلك المعيشة يموتان من الجوع وقد فسر النبي صلى الله عليه وسلم حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا وكلامه واضح **وقوله** لما تلونا اراد به قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يذكر المصنف فيهما ان الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الانفاق عليه اولا قال شمس الائمة السرخسي اذا كان الاب كسوبا والابن ايضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلواني لا يجبر على ذلك فاعتبر بذي الرحم المحرم بناء على ان استحقاق النفقة للعجز والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب وشمس الائمة السرخسي يحتاج الى الفرق بين نفقة الولد والوالد فان الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب لا يجب على الاب نفقته وفرق بينهما بفضيلة الوالد فيجب حاجة ضرورية كانت كالنفقة والكسوة او غيرها كشهوة الفرج فان للوالد استحقاقا في جارية … استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاد جارية الوالد فلو شرط هاهنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لوجبت المساواة مع قيام دليل المفاضلة **وقوله** ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين ظاهر **وقوله** لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية واستشكل بقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا فانه باطلاقه يوجب النفقة للوالدين وان كانا حربيين واجيب بان العمل باطلاقه يفضي الى التناقض المفضي الى الترك المستلزم للحمل على اهل الذمة وهذا على اهل الحرب **وقوله** ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم من فروع قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك وكلامه في الفرق بينهما بان النفقة متعلقة بالارث يعني قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه والمعنى واضح خلا قوله دوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فان حرمان النفقة قد يفضي الى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون اعلى ولان الانفاق صلة لحاجة وصلة العتق صلة احياء حكما لانه في الاحياء الحقيقي اعلى والجواب ان الحاجة في النفقة معدودة لرفع الدفع من غير بان يسال الناس ويجد من غير سؤال فالهلاك نادر في العمران مع توفر اصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر واما الحاجة الى الاعتاق فانها لا تندفع الا من جانبه واما كون الاحياء الحقيقي اعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا **قال** ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد من الاخوة والاخوات والاعمام وغيرهم في ظاهر الرواية لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك فكانا اغنياء بماله والغني لا تجب نفقته على غيره فان قيل النص … بخبر الواحد فلا يعارض اطلاق قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك قلت الكتاب مخصوص فجوزنا به الزيادة سلمنا انه من الاحاد لكن ترك الاطلاق في وعلى الوارث مثل ذلك لما ذكرنا من الدليل الدال على تقييده بما بغير قرابة الولاد المشار الى قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن يقتضي ان لا يشارك احد الابن كما ان قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت لما ثبت للوالد تاويل الاحتجاج صار غنيا به والغني لا تجب نفقته على غيره فلا يشارك احد الابن **وقوله** ولانه اقرب الناس اليهما اي الولد اقرب الناس الى الوالدين والاقرب اليهما اولى لاستحقاق نفقتهما عليه لانها صلة وجبت بالقرابة فمن كان اقرب فهو اولى باستحقاقه وعليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان النفقة بين الذكور والاناث للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الارحام ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب ان المعنى يشملهما

نفقتهما

ان استحقاق الابوين انما هو باعتبار التأويل وبل في حق المالك لهما في مال الولد بقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث فيكونان سواء ولهذا ثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان العدم التوارث بقوله وهو الصحيح احتراز عن قول الحسن **وقوله** والنفقة لكل ذي رحم محرم متعلق بمحذوف اي النفقة لكل ذي رحم محرم وهو من لا يحل نكاحه على التأبيد واجبة اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل بينهما كونه ذا رحم محرم بدليل قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فان ذلك يدل باشارته الى التعدي ويكون اشارة الى اول الآية وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فيدل على ان على الوارث النفقة وتعيين بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ولا شك ان قراءته كانت مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم ثم لا بد من الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني فان قيل مال للابوين لم تعد غناهما بقدرتهما على الكسب بقوله بخلاف الابوين الخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وهو ظاهر الرواية وقد تقدم **وقوله** يجب ذلك يعني النفقة على قدر الميراث ويجبر عليه اي على الانفاق فانما التقدير فلان الله تعالى نص على الوارث مثل قوله وعلى الوارث مثل ذلك تنبيها على اعتبار المقدار لانه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فثبت الحكم بقدره وعلى هذا لو اوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى هذا اذا كان زمنا معسرا وله ابن معسر صغيرا او كبيرا زمن والرجل لانه اخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على الجد لاب واذا اشكل الحسب ميراثهما فانما نفقة الولد فعلى الاخ لاب وام خاصة لان ميراث الولد عند عدم الاب خاصة فانما لاخ لاب وام فلا يرث معه الاخ لاب ولا الاخ لام والحاصل ان من يكون محتاجا يجعل معدوما وتكون النفقة على من يكون وارثا بحسب الميراث فان كان الولد ابنة كان نفقة الاب وابنته على الاخ من الاب والام خاصة اما نفقة الابنة فلما بينا واما نفقة الاب فلان الوارث هنا الاخ لاب وام خاصة لان الاخ لاب وام لم يرث مع الابنة والاخ لام لا يرث معها فلا حاجة الى ان يجعل البنت كالمعدومة ولكن يعتبر صفة الوراثة مع بقاء الخلاف الابن فانه لا يرث معه احد من الاخوة فلا بد من ان يجعل كالمعدوم واذا جعل كذلك فميراث الاب يكون بين الاخ لاب وام والاخ لام اسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك فهذا كله اذا كان الميراث فيما بينهم فلم يتجاوز الى غيرهم واما اذا تجاوز عنهم الى غيرهم كما اذا كان الصغير الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذي الرحم المحرم الذي لا يرث لا على غير ذي الرحم المحرم وهو وارث فيكون في الخير فيه على الخال دون ابن العم الذي يحرز الميراث لان النفقة على ذي الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على ما سنذكره في الكتاب فان قيل هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب ان تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير وارث اجيب بان نفقة ذي الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة بقرابة وابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حق محل وللخال فان صلته واجبة والنفقة منها فيجب عليه **قال** وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن كلامه ظاهر **وقوله** ووجه الفرق يعني بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت جملتها على الاب وبين نفقة الابن الزمن [illegible] على الاب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجبت ثلثاها على الاب والثلث على الام كما في الارث انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنته حتى وجبت عليه صدقة فطره فكان بمنزلة نفسه وغيره لانه كما في النفقة على نفسه وكذا في النفقة على الصغير واما الكبير فليس للاب ولاية بالبلوغ فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما اثلاثا فكذلك نفقته **وقوله** انما هي على قدر الميراث يعني لانه الاخماس من الميراث يكون للاخت لاب وام والخمس للاخت لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا

عن ولاية

اقول لا الى القريب الذي هو التحرز عن المنافاة على ما فسره ايضا سعدي افندي

اذا كان الرجل زمنا

لان

الذي

اقول في الجواب قصور فان وجوب النفقة معلق بالقرابة المحرمية الموروثة وليس ذلك بموجود في الخال مع وجود ابن العم فالاظهر ان يقال ليس المراد الارث بالفعل فان ذلك بعد موت المنفق عليه سعدي

التفصيل

التفصيل **قوله** غير ان المعتبر اهلية الارث [illegible] على قدر الميراث والمراد باهلية الارث هو ان لا يكون محروما [illegible] المعتبر اهلية الارث لا احرازه [illegible] الخال الذي هو محروم [illegible] راجع الى قوله المعتبر اهلية الارث **وقوله** ولا تجب نفقته مع اختلاف الدين [illegible] لا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا عكسه **قوله** ولا تجب على الفقير [illegible] **وقوله** [illegible] بنفقة نفسه [illegible] **قوله** [illegible] صدقة الفطر [illegible] **قوله** [illegible] **وقوله** [illegible] القاضي [illegible] **وقوله** [illegible] **وقوله** [illegible] الاحتياط [illegible] **وقوله** [illegible] فرض الزوجة [illegible] القاضي [illegible] **وقوله** [illegible] الاستدانة [illegible] نفقة الاقارب [illegible] **قوله** [illegible] على الانفاق [illegible]

اقول فيه بحث فانها صدقة ايضا على ما دل عليه الاخبار الصحيح وجوابه ان المراد ان شرعيتها للمؤنة والانماء في كونها عبادة بالنية بخلاف صدقة الفطر كما سيجيء من المص في كتاب الحج ايضا انها ليست عبادة والمراد ما ذكرنا سعدي افندي

اقول الا يرى الى قول المص بخلاف غير الاب من الاقارب سعدي افندي

اقول فيه بحث ان الاولى انه اذا وجب بفرض القاضي واذنه في الاستدانة ينبغي ان لا يجوز البيع على ابيه والظاهر خلافه سعدي افندي

استثناء من قوله لمضت مدة سقطت ومعناه اذا اذن القاضي بالاستدانة عليه صح

سوى الرقيق واما في الدواب فمعنى بما بينه وبين الله تعالى بالانفاق عليها وفي غير الدواب العقار فانه لا يفتى به ايضا الا انه اذا كان فيه تضييع المال كان تركه الانفاق مكروها وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوجة والمملوك في ان المولى اذا امتنع عن الانفاق وهو ممن لا كسب له اجبر على بيع المملوك والزوج اذا عجز عن الانفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بان في الاجبار على البيع زوال الملك الى الخلف وهو الثمن وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا الى الخلف لان نفقة المملوك لا تصير دينا على المولى بحال من الاحوال واما في النكاح ففي الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفي عدمه تاخير حق المرأة في الحال الى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينا على الزوج فكان تاخيرا وقوله على ما ذكرنا اشارة الى تعليله بخلاف نفقة الانفاق اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج اشد فكان بالدفع اولى وعن … انه يجبر وهو قول الشافعي وقياسا على الرقيق والاصح ما قلنا يعني من عدم الجبر لان اجبار القاضي المولى على نوع قضاء والقضاء لا بد له من مقضي له وهو من اهل الاستحقاق وهذا يوجد في الرقيق لكونه من اهل ان يستحق حقا على المولى وعلى غيره في الحياة الا ترى انه بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا واما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يتحقق بكونه مقضيا له فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء والله اعلم

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبة له في انه اسقاط مبني على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار اعتاق البعض كاعتاق الكل … في الملك او تحقيقا للعتق ولا يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق ومن محاسنه انه احياء حكمي لخروج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه اهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية وتفسيره في اللغة العتق يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره وفي الشريعة قوة حكمية تصير المرء بها اهلا للشهادة والولاية والقضاء واسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب … ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربي في دار … عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب فانه يعتق في قول ابي حنيفة ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه بعد ذلك وشرطه كون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا … وركنه ما يثبت به العتق وهو نوعان صريح وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن المحل وانواعه اربعة المنجز والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت وكل منها اما ببدل او بغيره وكلامه ظاهر في الالفاظ نذكرها قوله شرط الحرية لان العتق يعني الاعتاق لا يصح الا … والبلوغ لان الصبي ليس من اهله والصبي من اهل العتق الا ترى انه لو ورث اخاه عتق عليه فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبي ليس من اهله لكونه ضررا محضا فيدل على ذلك ايضا قوله لان المجنون ليس باهل التصرف فان الاعتاق تصرف لا العتق قوله ولهذا اي ولكون البلوغ والعقل شرطا اذا قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله لما اسنده الى حالة منافية للاعتاق كان انكارا للاعتاق والقول قول المنكر قوله لانه ليس باهل القول ملزم يعني لان الصبي يحجب عن الاقوال قال قبل الانشاء ذلك بل … الا ترى انه صبيا لو اقر بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لا تسمع دعواه اجيب بان الملزم هو كونه صاحب اليد واقراره مؤكد له قوله واذا قال العبد او الامة انت

حر قال في

حر قال في المبسوط الالفاظ التي يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية والصريح لفظ العتق والحرية والولاء وسواء ذكر هذه الالفاظ بصيغة الخبر او الوصف او النداء اما صيغة الخبر فقد يقول قد اعتقتك او حررتك واما صيغة الوصف فانه يقول انت حر او انت عتيق واما النداء فان يقول يا حر يا عتيق وكذلك لو قال لعبده هذا مولاي او يا مولاي قوله ونستغني عن النية … قوله في مسئلة يا ابني على ما سيجيء قوله الا اذا سماه حرا استثناء من قوله ولو قال له يا حر قوله وكذا عكسه يعني بان ناداه بقوله يا حر ثم كان لقبه آزاد قوله فحمل اخبارا عن الوصف فيه نظر لانه اذا لم يكن حرا على الكل كان قوله يا حر انشاء للحرية لا اخبارا عن الوصف اجيب بانه اذا لم يكن عليها كان المنادى في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية والوصف والصفة في الحقيقة خبر عن الموصوف فكان النداء اخبارا بان المنادى موصوف بهذه الصفة قوله وسنبينه … الاختلاف فيه يريد الاختلاف يجري الاعتاق فعلى ما نذكره قوله وقد بيناه يعني في الطلاق قوله وكذا قوله لامته قد اطلقتك يعني ان نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك لمناسبة بين الارسال والتخلية والتسبيل بخلاف قوله طلقتك فانه لا يعتق لانه صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما ياتي بيانه قوله لان السلطان عبارة عن اليد يقال للقادر سلطان ويراد بها اليد الثابتة من حيث اليد … نفي اليد فكانه قال لا يد لي عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان يزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك كما في المكاتب بخلاف … لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بان قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق قوله فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك او لازما فان كان الاول فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وارادة اللازم وان كان الثاني فليكن كناية لان الكناية ذكر اللازم وارادة الملزوم فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب على ما ذكرنا ولا بلازم له لانفكاك الملك عنه فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باقية الى ان يسلمه وقوله لان للمولى على المكاتب سبيلا يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا استوفى ذلك بالبراءة عنه يعتق وقوله ومن قال لعبده الذي يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابني وثبت على ذلك يثبت النسب وعتق عليه ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يرجع الكلام والشفعة كذا في شرح القدوري لابي الفضل حتى لو ادعى ذلك لم يصدق وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحا دون العتق وقيل هو شرط اتفاقي قوله لان ولاية التحرير بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب لانه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر الحقيقة وسيجيء بيان … قوله وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو مستعمل في ثلاثة وعشرين معنى ذكرها ابن الاثير في الجمع بمعنى الناصر كما في قوله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم واما معنى ابن العم فكما في قوله تعالى واني خفت الموالي من ورائي قوله والثالث مجاز بمعنى الولاء في الدين لان المولى مشتق من الولي وهو القرب ولا قرب بين الشرقي والغربي من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فتعين القرب من حيث الدين وهذا اختاره كذا في بعض الشروح وصححه … والتقدير قوله فالحق بالصريح يعني بدلالة الحال وهو كونه عبدا قوله واما الثاني يعني به قوله يا مولاي وقوله

بخلاف ما ذكر يعني قوله يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضي سابقية
العتق بخلاف الحاد وهو الاكرام والتلطف **وقوله** ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق فرق بينهما وبين
قوله يا حر يا عتيق في وقوع العتق به دونهما لان النداء اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان النداء لتحقيق ذلك
الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر فانه قادر على اثبات صفة الحرية
فيه من جهته في الحال على ما بينا يعني في قوله لانه نداء بما هو صريح وهو استحضار المنادى
وان كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره
والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان
لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتق فيهما اي في قوله يا ابني يا اخي
والحاصل ان العتق بالنداء بالالفاظ الثلاثة في ظاهر الرواية يا حر يا عتيق يا مولاي وفي رواية الحسن
بخمسة الفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابني يا اخي والاعتماد على الظاهر قوله ولو قال يا ابني ظاهر
قال وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله اذا قال العبد وهو اكبر سنا منه هذا ابني عتق عند ابي حنيفة
وقالا لا يعتق وهو قول ابي حنيفة اولا وهو قول الشافعي واصل هذه المسألة ان المجاز خلف عن الحقيقة
في الحكم وفي التكلم عند ابي حنيفة على ما عرف في الاصول وقد قررناه في التقرير فقالا الحكم هنا محال
فلا يصار الى المجاز كما في الاصغر سنا فان الحقيقة فيه متصورة لامكان ان يكون العلوق منه
واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال اعتقتك قبل ان تخلق او قبل ان اخلق وقال تصور حكم الحقيقة
ليس بشرط فانه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا والحرة ليست محل البيع بل الشرط صحة
التكلم **قوله** هذا ابني كلام صحيح في محله مبتدا وخبرا وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكته
لان البنوة اذا ثبتت في المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر الملزوم وارادة اللازم هو المجاز فصار
كانه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل عليه تصحيحا للكلام بخلاف
ما استشهد به على ما بناء المفعول لانه لا وجه للمجاز فيه لان قوله اعتقتك قبل ان اخلق او تخلق
لقوله انت حر من حين ملكتك لان الاول يقتضي عدم وجود المالك عليه والثاني يقتضي وجوده البتة
والشيء لا يكون ملزوما لما ينافيه والا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال **وقوله**
وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين جواب عما يقال لو كان صحة ذكر
الملزوم وارادة اللازم مجوزا للمجاز وان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش في الصورة المذكورة
لان القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن قوله لفلان علي خمسة الاف درهم والارش
باطل والملزوم مثله وتقرير جوابه ان القطع خطأ ليس بسبب لمطلق المال بل لمال مخالف للمال المطلق في الوصف
وهو الارش حتى وجب على العاقلة في سنتين بلفظ التثنية كذا في النهاية وذلك المال الذي هو مسبب
عن القطع لا يمكن اثباته بدون القطع فما هو مسبب لا يمكن اثباته وما يمكن اثباته ليس بمسبب وحاصله ان هذه
الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو اما الحقيقة فظاهرة واما المجاز فلان قطع اليد خطأ ملزوم
للارش الذي هو ملزوم القطع واللازم هو القطع منتف فالملزوم وهو الارش كذلك **قوله** واما الحرية
لا تختلف ذاتها الحرية التي جعلنا قوله هذا ابني وهي الحرية من حين ملكه مجازا عنها اي جعل قوله هذا ابني
وهي الحرية من حين ملكه مجازا عنها اي جعل قوله هذا ابني مجازا عنه اي عن الحرية على تاويل العتق او للتذكير
ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف وهو الاظهر **وقوله** لما بينا يعني من الوجه في
الجانبين في قوله هذا ابني ولو قال للصبي هذا جدي قيل هو على الخلاف والوجه ما تقدم وقيل لا يعتق
بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك من بنوة او حرية الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه

فتعذر ان

فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب وهذا يشير الى ان الواسطة لو كانت مذكورة مثل ان يقول هذا جدي
ابو ابي يعتق وقد ذكره بعض الشارحين بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك بلا واسطة ولو
قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين
ما بينا اما دخوله في رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لان البنوة كقوله في مسألة الجد لان هذا الكلام
لا موجب له في الملك الا بواسطة وكذا هنا الاخوة لا تكون الا بواسطة الاب او الام لانها عبارة
عن مجاورة في صلب او رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة
قال في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخي اما اذا ذكره
مقيدا وقال هذا اخي لابي او لامي فيعتق من غير تردد لما ان مطلق الاخوة مشتركة قد يراد بها الاخوة
في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد به الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى والى عاد اخاهم
هودا قال وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة فان قيل البنوة ايضا تختلف بين نسب
ورضاع فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني **اجيب** بان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض
الحقيقة ولو قال هذا ابني فقد قيل هو على الخلاف وقيل هو اي عدم العتق بالاجماع لان المشار اليه
ليس من جنس المسمى لان الذكور والاناث من بني ادم جنسان مختلفان واذا لم يكن المشار اليه من
جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح والمسمى هنا معدوم فلا يكون معتبرا حقيقة
ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما **قوله** وان قال لامته انت طالق او بائن ظاهر في قوله وعمل
اللفظ وهو جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة ولهذا تثبت الاحكام مثل الاهلية والولاية
والشهادة فكيف يشبه الطلاق الذي هو اسقاط محض وتقرير الجواب ان الاعتاق ايضا اسقاط بدليل صحة
التعليق فيهما واما الاحكام فليست بواردة لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه ادميا مكلفا غير
ان الاعتاق ازال المانع فاشتبه الاعتاق والطلاق **وقوله** ولهذا اي ولكون العتق يحتمل لفظه العتق
يحتمل لفظ الطلاق لفظه العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه لان مبنى المجاز على المناسبة والشيء
لا يناسب مخالفه والشيء الاخر يناسبه وانما قال على ما قال مشايخنا لان المنصوص عن الشافعي ان لفظة
الطلاق تحتمل كناية في الاعتاق كسائر الالفاظ الصريح والكناية وقولنا انه نوى ما لا يحتمله لانه
لا مناسبة بينهما لغة لان الاعتاق لغة اثبات القوة ماخوذ من قولهم عتق الطير
اذا قوي فطار عن وكره وفي الشرع ايضا كذلك لان العبد ملحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر
والطلاق في اللغة رفع القيد ماخوذ من قولهم اطلقت البعير عن القيد اذا حللته وهو عبارة عن
رفع المانع عن الانطلاق لا لاثبات قوة لها لان الانطلاق وكذلك في الشرع لان المنكوحة لم تزل مالكة فانها
قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وليس بين اثبات القوة الشرعية
في محل لم يكن وبين رفع المانع عن الانطلاق لتعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة ولان ازالة الملك
اقوى ولان الادنى لا يصلح ان يكون الادنى مستعارا للاعلى على ما نذكر ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح
لان ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف الجواري الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن واما ملك
النكاح فلا يستلزم ملك اليمين اصلا وكل ما هو اقوى فاسقاطه اقوى فملك اليمين اسقاطه اقوى
واللفظ يصلح مجازا عما دون حقيقته لا عما هو فوقه ومعناه لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجدت
وصفا مشتركا بين ملزومين مختلفين في الحقيقة هو في احدهما اقوى منه في الاخر وانت تريد
الحاق الاضعف بالاقوى على وجه التسوية بينهما فتستعير اسم الملزوم الاضعف من جنس ملزوم الاقوى
وتطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان عندك شجاع وانت تريد الحاقه بجراءة الاسد في قوته فتطلق الاسد عليه

له باطلا وفي الا شد علیه وهذا کما تری انما یکون باطلا في اسم القوي على الضعیف دون العکس واذا ظهر هذا
تعدی العلم بان ازالة ملک الیمین اقوی ظهر انه جواز استعارة الفاظ العتاق للطلاق دون عکسه والفرق
بین الکنایتین المذکورتین في الکتاب انه في الاول منع المناسبة واظهار الشدید بانه الاعتاق اثبات والطلاق
رفع فانی یتناسبان وفي الثاني تسلیم ان بکلاهما اسقاط لکن الاعتاق اقوی فهذه تنافي الاستعارة
وقوله واذا قال لعبده انت مثل الحر طلاقه یشیر الى انه نوی العتق او لم ینو لم یعتق وذکر في المبسوط لم
یعتق الا بالنیة وفي تعلیله اشارة الى ذلک لانه قال لان المثل یستعمل للمشارکة في بعض المعاني عرفا فوقع
الشک في الحریة وبمثله لا یثبت اذا نوی الحریة زال الشک **قوله** عرفا یجوز ان یراد به العرف العام فان العامة یستعملونه
للمشارکة في بعض الاوصاف یقولون زید مثلهم ومثلا اذا کان عمرو مشهورا بصفة کالخط او الجود او غیرها
ویجوز ان یراد به العرف الخاص فان بعض اهل العلم یستعملونه في الاتحاد في الحقیقة **قوله** ولو قال ما انت الا
حر الا حر ظاهر والله اعلم **فصل** لما ذکر العتق الحاصل بالاعتاق الاختیاري الذي هو الاصل ذکر
في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي یحصل بغیر اختیار کمن ملک قریبه وخروج عبد الحربي الینا مسلما
وولد الامة من مولاها ذا الرحم في الاصل وعاء الولد في بطن امه ثم سمیت القرابة والوصلة من جهة
الولاد رحما ومنه ذو الرحم وهو الذي لا یحل النکاح بینهما لو کان احدهما ذکرا والآخر انثى ومن ملک
ذا رحم محرم منه عتق علیه بهذا اللفظ مروی عن رسول الله صلى الله علیه وسلم رواه عمر وعبد الله بن
مسعود وعائشة وقال رسول الله صلى الله علیه وسلم من ملک ذا رحم محرم منه فهو حر رواه سمرة الا انه
واللفظ بعمومه یتناول کل قرابة مؤبدة بالمحرمیة ولادا او غیره **فان قیل** الضمیر في مثله یعود الى من
کما في قوله صلى الله علیه وسلم من دخل دار ابي سفیان فهو آمن وامثاله فلا یکون حجة **اجیب** بان
وتحریر قوله ملک ینبو عن ذلک لئلا یلزم تحصیل الحاصل فان تملکه یدل على حریته اذ للملوک لا یملک
شیئا فقوله فهو حر لو عاد الیه کان تکرارا للتنصیص **فان قیل** صح عن رسول الله صلى الله علیه وسلم انه
قال لن یجزی ولد اباه الا ان یجده مملوکا فیعتقه عطفا بالفاء التي للتعقیب فلا یعتق ما لم یعتقه **اجیب**
بانه دلیل اصحاب الظواهر ولیس بصحیح للزوم التعارض ومحله انه مثل قولهم ضربه فاهلکه یحصل الثاني بالاول
لا بسبب آخر کما یقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضربه فاوجعه وامثاله **قوله** والشافعي یخالفنا
في غیره ای في غیر الولاد واستدل بان ثبوت العتق من غیر مرضاة المالک ینفیه القیاس او لا یقتضیه وکل
ما ینفیه القیاس لا یلحق به ملحق آخر بالقیاس وکل ما لا یقتضیه لا یلحق غیره فیه به حقیقة الا ای بدلالة النص
الا اذا کان الملحق به من کل وجه ومثلنا لیس کذلک لان قرابة الاخوة وما یشابهها نازلة عن قرابة الولاد
ولهذا امتنع التکاتب على المکاتب في غیر الولاد ولا یتبع فیه ولنا ما روینا وهو قوله صلى الله علیه وسلم
من ملک ذا رحم محرم منه عتق علیه ولانه ملک قریبه قرابة مؤثرة في المحرمیة وکل من فعل ذلک عتق علیه
اما انه ملک ذلک فبالاجماع واما ان کل من فعل ذلک عتق علیه فبالقیاس على الولاد لان هذا المعنی
وهو ملک القریب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغی لانا ای القرابة المؤثرة في المحرمیة هي التي تفترض
صلتها وتحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النکاح اما حرمة النکاح فبالاجماع واما وجوب النفقة فمذهبنا
لکن لما اثبت ذلک من قبل دلیل ظنی وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلک انا انما اثبتناه فاستدل به ولنا فیما
هنا نکتة وهو قوله هذه قرابة صینت عن ادنى التذلیل وهو ذل النکاح فلان تصان عن اعلاهما اولى فان
ادعیت ان ذل النکاح اعلى فذلک مکابرة تستدعي تفضیل الاماء على الحرائر وهو باطل قطعا واجماعا على ان الرضاع
یرفع ذل النکاح دون الرق فجمیع مادة هذه المکابرة فان رافع الاعلى یرفع الادنى لا محالة ولا فرق بین ان
یکون المالک مسلما او کافرا وکذلک المملوک لعموم العلة وهي القرابة المحرمة للنکاح فان قیل حق القرابة ان

اوجب

اوجب العتق اوجب باعتبار الصلة على ما اشار الیه المصنف بقوله هي التي یفترض وصلها وقرابة الاخوة
لا توجب الصلة عند اختلاف الدین ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الاعتاق ایضا **اجیب** بان علة
النفقة لیست القرابة المجردة في الاخوة بل بصفة الوراثة بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلک واختلاف
الدین یمنع الارث وکذا ما نحن علیه کما في الاکفار في دار الاسلام لان الحربي لو ملک في دار الحرب ذا رحم
محرم منه عتق **فالجواب** ان الاصل انما یقع من العتق بالملک یقع بالاعتاق ایضا لان الوقوع بالملک
انما هو بالزام الشرع لعدم التصرف فیه وما لزم بالزامه یلزم بالالتزام ایضا بحصته الا انا ترکنا هذا
الاصل في موضعه وکذا اذا اعتق المسلم عبده الحربي في دار الحرب لم یعتق لما نبه قال في النهایة فهذا یعلم
ان قوله في دار الاسلام في الکتاب متعلق بمجموع ما ذکر قبله من قوله ولا فرق بین ما اذا کان المالک
مسلما او کافرا لا اختصر تعلقه بقوله او کان کافرا **قوله** والمکاتب اذا اشترى اخاه احتراز عن قوله ولهذا
امتنع التکاتب على المکاتب في غیر الولاد وتقریره لا نسلم انه لا یتکاتب علیه بل قد روی عن ابي حنیفة انه
یتکاتب على الاخ ایضا ولئن سلمنا فانما لا یتکاتب علیه لان المکاتب لیس له ملک تام یقدر به على الاعتاق
لانه عندنا نعم علیه درهم وانما الحق بالملاک فیما هو المقصود من الکتابة ومن لا قدرة له على الاعتاق
ولا یعتق علیه لان فرض المسئلة عند القدرة **فان قیل** لو کان کذلک لما عتق علیه قرابة الولاد **اجاب**
بقوله بخلاف الولاد لان العتق فیه من مقاصد الکتابة لان عتق نفسه کان مقصودا بالکتابة لکونه
تخلصا عن الرق فکذلک رق الوالد او الولد فانه من مقاصدها امتنع البیع فیعتق علیه تحقیقا للمقصود
العتق واما حریة الاخ فلیست من مقاصد عقد الکتابة لعدم حقوق العار بر قوله ولحوقه بر قرابة
او ابنه **قوله** وهذا لخلاف فیما اذا ملک بنت عمه حال تعرض الحالي بعتق بنت لو کان تملک ذي الرحم المحرم
علة لعتقه على من تملکه لعتقت ابنة العم التي هي اخت من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها ولیس
کذلک وتقریر الجواب ان المراد بالمحرمیة المحرمیة التي ثبتت فیها القرابة وهذه لیست کذلک لان الرضاع
هو المؤثر وکرهها الجواب انما هو زیادة الایضاح کانه کان مخلوقا من اصلا دلیله حیث قال
ولانه ملک قریبه قرابة مؤثرة في المحرمیة وهذه لم تکن کذلک والصبي جعل اهلا لهذا العتق وکذلک
المجنون فاذا دخل قریبهما في ملکهما بغیر صنع منهما کالارث والهبة عتق علیهما لان العلة وهي تملک
ذي الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق بحق العبد فیعتق وکان کالنفقة **قال** ومن قال لعبده انت حر
لوجه الله تعالى او للشیطان او للصنم عتق لوجود رکن الاعتاق من اهله مضافا الى محله من غیر
مانع شرعي فیترتب الحکم علیه ووصفا القربة وهو کونه لوجه الله تعالى في الوجه الاول زیادة فلا
یختل العتق بعدمه في اللفظین الآخرین یعني الشیطان والصنم **قوله** وعتق المکره واقع وقد تقدم
في الطلاق وان اضاف العتق الى ملک بان یقول لعبد الغیر ان اشتریتک فانت حر صح کما في الطلاق وان
علق بشرط کقوله ان دخلت الدار فانت حر فکذلک اما الاضافة ففیه خلاف الشافعي وقد تقدم بیانه
واما التعلیق بالشرط فلان الاعتاق اسقاط والاسقاط تجري فیه التعلیق بالاتفاق وخلاف الملکا
والخلاف فیه بیننا وبین الشافعي في وجه آخر وهو ان زوال الملک عنده یبطل الیمین وعندنا لا یبطله فاذا
قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عنده خلافا له وقد عرف في الاصول
واذا خرج عبد الحربي الینا مسلما عتق لقوله صلى الله علیه وسلم في عبید الطائف حین خرجوا الیه مسلمین هم
عتقاء الله وروی عن ابن عباس ان عبدین من الطائف خرجا فاسلما فاعتقهما النبي صلى الله علیه وسلم ولانه
احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وقید بالاسلام لجوازه علیه تعالى لانه في البقاء من الاعوب
الحکمیة دون الحریة فهو یتلاوه کبیع الاملاک ونحو ذلک **قوله** وان اعتق حاملا عتق هو وما في بطنها

عليه بأنه لو لم يعتق أمه لكان يتبعها وهو لا يكون بخلاف الهبة **والجواب** بأنه لما أعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الأمة بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الأمة واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط على ما سيجيء **قوله** واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز قيل عليه سلمنا ذلك لكن ينبغي أن يتوقف العتق إلى أن يبلغ الحمل الجنين يكون من أهل القبول وهو الذي يكون عاقلا يعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول بأن كانت عاقلة تعقل العقد **والجواب** بأن ذلك صح الشرط وأما ههنا فالمسألة مذكورة بكلمة على وكان ذلك ههنا وصفا للإعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة وفيه نظر لأنه يقتضي تلازم ذكر بكلمة الشرط توقف ولا بد فيه من رواية واعتبار خلع الصغيرة غير صحيح لأنه قال فيه وإن شرط عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول فإنه توقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول والحمل ليس منه والأولى أن يقال إنه لما علم المعتق عدم كون الحمل أهلا للخطاب وقبول الشرط وقدم على العتق كان قاصدا للإعتاق بلا مال لدلالة الحال على ذلك صونا لكلامه عن الإلغاء **قوله** على ما مر في الخلع كالمر في الجامع حوالة غير رائجة ويحتمل أن يكون مراده مسألة الخلع في الجامع الصغير قال في شرحه فرق بين الخلع والإعتاق بجواز وجوب بدل الخلع على الأجنبي دون الإعتاق لما ذكرنا في الخلع أن الأجنبي في معنى المرأة في عدم حصول شيء لهما بمقابلة المال فكما جاز عليها جاز على الأجنبي والإعتاق يثبت القوة الحكمية التي تمكن العبد قبله فكان في مقابلة شيء يحصل له والأجنبي ليس بمعناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري **قوله** وإنما يعرف قيام الحمل وقت العتق وضع لأن التيقن بوجود الحمل في البطن إنما يحصل بذلك **قوله** منه أي من وقت العتق وولد الأمة من مولاها حر لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الأصل يعني أن الأصل أن يعلق الولد من ماء الحر حر والأصل رعى له فيه أي في الولد لأنه ماء الأمة لا تعارض ماءه لأن ماءها مملوك له فيكون الماءان له بخلاف أمة الغير لأن ماءها مملوك لسيدها فتحقق المعارضة وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض المائين وترجح جانب الأم بأمور منها الاستهلاك ماءه بمائها لكونه مما يجانس موضعه ومنها استحقاق كونه مملوكا مما لا خلاف ما الزوج وكان الزوج من يتضرر بها حقيقة وحكما فقط والأول الأرجح لا محالة ومنها أن الولد ما دام جنينا يكون بمنزلة عضو من أعضائها لتبعها ويرثها إلا أن ينفصل حسا وشرعا إلا محتاجا فإنه يتنفس بنفسها وينتقل بانتقالها فيجب ترجيحها عند المعارض عند انفصاله منها وأما شرعا فلأنه يعتق بعتقها **قوله** والمنافاة متحققة جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض وتقريره التعارض موجود لأن المنافاة متحققة لأنه لو اعتبر جانب الأم يكون مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الأب لا يكون مملوكا لسيدها فثبتت المنافاة بخلاف الولد من المولى فإن للمولى أن يحتاط لعتقه **قوله** والزوج قد رضي به جواب عما يقال إذا اعتبر جانب الأمة حتى يكون الولد مملوكا لمولاها تضرر الأب والضرر مدفوع شرعا وتقريره الزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوج الأمة مع علمه بأن الولد يرق به وفيه نظر لأن العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته **قوله** بخلاف ولد المغرور ظاهر وولد المحرم على أي كل حال لا تطابقها راجح على ما ذكرنا فتتبعها في وصف الحرية كما تتبعها في المملوكية والمرقوقية وإنما أورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان فإن في المدبر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه فعلى هذا يكون قوله والتدبير وأمية الولد والكتابة كالتفسير لذلك والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب

باب العبد الذي يعتق بعضه

أخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه أولى بالتقديم وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقيته لمولاه عند أبي حنيفة وقالا يعتق كله وأصله أن الإعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله إذا كان المعتق واحدا أو موسرا إن كان العبد مشتركا وأما إذا كان معسرا فملك الساكت باق كما كان يجوز له أن يبيع نصيبه على ما يجيء وكلما لا يتجزى فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله قال صاحب المزايا المعني بقولنا الإعتاق يتجزى ليس هو أن ذات القول يتجزى أو حكمه يتجزى لأنه محال بل بمعنى أن المحل في قبول حكم الإعتاق يتجزى فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع إلى أن إعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن المحل أو لا لهما أن الإعتاق إثبات العتق الذي هو قوة حكمية وذلك بإزالة ضدها الذي هو الرق لأن المحل لا يخلو عن أحدهما فإذا لم يجتمعا توجب إثبات الآخر وهما لا يتجزيان بالاتفاق فكذلك الإعتاق وإلا لزم تخلف المعلول عن العلة أو تجزي العتق لأنه إذا لم يتجزى فإما أن يثبت بإعتاق البعض عتق كل الرقبة أو لا يثبت شيء أو يثبت بعضه وعلى كل من الأولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الأخير يلزم تجزي العتق وصار الإعتاق كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد في عدم التجزي **فإن قلت** قد تقدم أن الإعتاق عند الشافعي إسقاط كالطلاق فكيف جعله ههنا إثبات العتق قلت يجوز أن يكون فعل ذلك بطريق التغليب على حجته على جهته فعلى العموم أن الإضافة إلى الخصم ولأبي حنيفة أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف فهو أي الإعتاق إزالة للملك لا إثبات العتق بإزالة ضده الذي هو الرق ولا هو إزالة الرق لتلازم عدم التجزي لأن الملك حق العبد والرق حق الشرع لأن الكافر لما استنكف أن يكون عبدا لله جازاه الله فيصير عبد عبيده أو حق العامة لأن الغانمين كما يقتسمون غير الرقيق يقتسمونه وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره وهذا كما ترى بناء الكلام على أحد أمرين كل منهما مستقل بإفادة المطلوب وتعريض الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك فالملك متجز فالإعتاق كذلك ولما قلنا بأنه إثبات العتق بإزالة الملك لا بإزالة الرق لأن الإعتاق تصرف وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف والإعتاق لا يتعدى ولاية المتصرف وولاية المتصرف إنما يكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته إنما يكون على الملك وأما أن الملك متجز فلذلك بالإجماع لكنه تعلق به أمر غير متجز ~~تعلق تجز وهو غسل الأعضاء~~ وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزيه ولا تجزيه كعلته كجواز الصلاة فإنه أمر غير متجز تعلق بمتجز وهو غسل الأعضاء المفروضة فلم يستلزم تجزيها ولا تجزيه علتها وهي إرادة الصلاة فهذا تقرير أحد الأمرين وتقرير الآخر الإعتاق إزالة الملك والملك متجز فالإعتاق إزالة متجز وإزالة المتجز متجز وبيان ذلك ما ذكرناه وهذا أسهل فحاصله إذا تجزى الإعتاق بزوال بعض الملك اختص ما لم يضف العتق عنه فيجب عليه السعاية وكان مستسعى بمنزلة المكاتب عنده أي عند أبي حنيفة لأن الإضافة أي إضافة الإعتاق إلى البعض توجب ثبوت المالكية للعبد في الكل باعتبار العتق لأنه لا يتجزى وبقاء الملك في بعضه يمنعه عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق فإنه لا يتجزى فعملنا بالحجتين في العبد بما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل والعمل

وفيه نظر لأن الكلام في إثباته فلا يستدل به عليه

لما بالدليلين حمكن بانزاله مكاتبا فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة كالمستسعى ويجوز ان يكون معناه اضافة العتق الى البعض توجب ثبوت مالكيته في الكل كما هو قولهما وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول ابي حنيفة فقلنا انه حر يدا مملوك رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله الخيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق **فان قيل** لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا اذا عجز **اجاب** بقوله غير انه اذا عجز لا يرد رقيقا لانه اسقاط لا الى احد فليس فيه معنى المعاوضة لان المعاوضة تتحقق بين اثنين واذا لم يتحقق فيه المعاوضة لا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة فانها اسقاط من المولى الى المكاتب فوقع التحصيل بعض الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى احد وهو وقت اداء البدل **قوله** والبعض في الطلاق والعفو حالة متوسطة جواب عن قولهم صار كالطلاق والعفو عن القصاص ووجهه انا نحن نثبت العتق في الكل لامكان العمل بالدليلين بوجوب حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة يصار اليها وليس في الطلاق والعقود لك فاثبتناه ترجيحا للمحرم واما الاستيلاد فهو متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله **فان قيل** لو كان الاستيلاد متجزئا لاطرد في القنة ايضا اجاب بانه ايضا يتجزأ لان المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وصار كانه استولد جارية نفسه لان الاستيلاد عندهما غير متجز **قال** واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق وكلامه واضح وتوضيحه ان فيه لفظية وهي ان ابا حنيفة لا يثبت عنده شئ من العتق في وجه صحة قوله عتق **واجيب** بان المراد به ثبت استحقاق العتق او زوال ملك الشريك معتقا الرقبة في كل العبد **قوله** قالوا لا بينهما يسار الحالة اختلاف في صفة السبب بان يكون اعتاق احدهما عار للاعتاق الاخر بدونه لانا في ثبوت الولاء بينهما جميعا **قوله** لهما في الثاني يعني ان يسار المعتق يمنع السعاية قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الاخر والقياس فيه احد الامرين اما وجوب الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا لانه باعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه بانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الافساد لا يختلف باليسار والاعسار واما عدم وجوب الضمان على المعتق في حال لانه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه متعديا لا يلزمه الضمان وان تعدى ضرر تصرفه الى ملك الغير كمن سقى ارضه فنزت ارض جاره واحرق الحصائد في ارضه فاحترق شئ من ملك جاره ولكنا تركنا القياس بالحديث المروي رواه نافع عن ابن عمر ومثله روى عروة عن عائشة ووجه الاستدلال انه قسم والقسمة تنافي الشركة ووجه ابي حنيفة على ما ذكر في الكتاب ظاهر **قوله** الا ان العبد في فصل يستسعيه قيل عليه اذا سعى فالقياس ان يرجع على المعتق لانه قضى الذي وجبه وصار كالعبد المرهون فانه يرجع على الراهن بما سعى **واجيب** بانه لا يجب على المعتق وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك يمنعه العبد والعبد انما سعى في بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على احد بخلاف المرهون فانه ساعيه ليس في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن فمن كان مجبرا على قضاء دين في ذمة غيره بالزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما في معير الرهن **فان قيل** ما ذكرتم من وجه ابي حنيفة انما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل **اجيب** بان النبي صلى الله عليه وسلم قسم على وجه الشرط لانه صلى الله عليه وسلم علق الاستسعاء بفقر المعتق وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه لان ما بالشرط يقتضي الوجود ولا يقتضي العدم فجاز ان يثبت السعاية عند وجود الدليل وانه كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه ابي حنيفة **قوله** ثم المعسر لساد

التيسير

التيسير بهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الاخر لا يسار الغنى وهو ملك النصاب على ظاهر الرواية فضل الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن والحسن تدرو استثناه ويعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم العتق وكذا حال المعتق في يساره واعساره بان قال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الساكت بخلافه ينظر اليه يوم ظهر العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه **قوله** لا يسار الغنى اشارة الى ما ذهب اليه بعض اصحابنا ان الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو اقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود **قوله** لانه به اي بيسار العتق تعتدل النظر من الجانبين جانب المعتق من القربة وايصال البدل لحق الساكت اليه وهذا لان قصد المعتق بالاعتاق القربة وتمام ذلك بعتق ما بقي وذلك انما يحصل بايصال حق الساكت اليه واذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من اتمام قصده وايصال حق الساكت فلا معنى للعدول الى غيره **قوله** ثم التخريج على قولهما ظاهر يعني اذا علم ان هذه المسئلة مبنية على حرفين اي اصلين نفي الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر لانه لا الاعتاق اذا لم يكن متجزيا كان المعتق موقعا للعتق في النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فيجب عليه الضمان فانتفى السعاية ولا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه تحالا للاصل الثاني فلو رجع لكان تملكه السعاية والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته للاصل الاول واما التخريج على قوله بخيار الاعتاق للشريك فبناء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزيا كان ملكه في الباقي قائما فله اعتاقه واما التضمين فلان المعتق جاز عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة ولقائل ان يقول التضمين على مذهبه لا يعتمد على احد الاصلين اما على الاصل الثاني فظاهر واما على الاصل الاول فلان التجزي ان لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له **والجواب** ان الحرفين بمعنى المسئلة من حيث الزمان لا من حيث كل واحد منهما والضمان في مذهبهما معتمد على عدم التجزي لا محالة على انا نقول ان التجزي ان لم يوجب الضمان من حيث هو تجز يوجب من جهة اخرى وهو افساد النصيب فكان معتمدا عليه في الجملة **قوله** والاستسعاء معطوف على قوله والتضمين **قوله** لما بينا اشارة الى قوله ولانه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبني على الاصل الثاني ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك كاخذ القيمة بالاستسعاء بناء على الاصل الثاني كما قام مقامه كالمدبر اذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له ان يرجع بما ضمن على القاتل ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فصار كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء **قوله** ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعى كالمكاتب فكيف قال بذلك وتقديره ان ذلك ضمان في الضمنيات لا تعتبر **قوله** الولاء للمعتق في هذا الوجه يعني اذا ضمن المعتق وهو ظاهر **قوله** لما بينا اشارة الى قوله احتبست مالية نصيبه **قوله** ولا يرجع المستسعى على المعتق ظاهر وقد تقدم جوابا للسؤال **قوله** وقول الشافعي في الموسر بيان لموضع خلاف الشافعي فانه ذكر في اول الباب مطلقا فاحتاج الى تبيينه ههنا **قوله** ولا رامزيه اي بالاعتاق لان الرضى انما يتحقق بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا **قوله** ثم تعين ما عتقناه يعني من عتق ما عتق ورق ما رق وقلنا الى الاستسعاء لا دخل [illegible] في وجوده الى الجناية كما في اعتاق العبد المرهون واذا كان الراهن معسرا ليس بمبني على احتباس المالية وهو موجود كما تقدم عن قرب واذا كان الى الاستسعاء سبيل لا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية الحاصلة من اعتاق البعض والضعف السالب لها بصحة البيع وامثاله في شخص واحد **قال** ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه

والضعف

العلة للاضافة اليها وههنا كذلك لان التملك حكم شرعي ثبت بعد مباشرة علته بغير اختيار
بخلاف الارث فانه لا اعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة وقوله وهذا ضمان افساد
يجوز ان يكون جوابا عما يقال انما كان الرضا مسقطا للضمان ان لو كان ضمان افساد واما اذا كان
ضمان تملك فلا يسقط به كما لو استولد احد الشريكين الجارية باذنه فانه لا يسقط به الضمان
لانه ضمان تملك اذ الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن ان يجعل الواجب به ضمان
عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك ووجه الجواب انه ضمان افساد في ظاهر قولهما
حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا وانما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روي عن
ابي يوسف انه هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار فلا يسقط الضمان قوله
ولا يختلف الجواب بين العلم اي بالقرابة وعدمه في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لان الحكم
يدار على السبب اي العلة كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بكله
والسبب قد وجد بامره وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل بين ما اذا كان عالما بالقرابة
وبينما اذا لم يكن عالما بها في حكم الضمان لان الرضا لا يتحقق الا اذا كان عالما بها قوله وان
قال الاجنبي ظاهر مما تقدم وكذا قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان قيل قوله
يخير عليك كله لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين منه يضمن للساكت بالاجماع وقوله
والوجه قد ذكرناه اشارة الى قوله لهما انه اتلف [illegible] لانه رضي قال واذا كان العبد بين ثلاثة
نفر اذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر واراد
الضمان اي اراد الاثنان [illegible] الضمان انما هو الساكت والمدبر دون المعتق فكان [illegible] الثلثة
او اطلق الجمع بطريق التغليب فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق
ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وبيان ذلك ان قيمة العبد ان كانت سبعة وعشرين
دينارا مثلا فالساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة وذلك لان قيمة المدبر هي
ثلثا قيمة القن وهي ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة فيضمن المدبر المعتق تلك
الستة فقط ولا يضمنه التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك الستة التي ضمنها اياها وهذا
عند ابي حنيفة وقالا العبد للمدبر ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا قوله واصل
هذا الكلام قوله عليهما مر اشارة الى قوله لان المعتق جار عليه بافساد نصيبه حيث امتنع
عليه البيع والهبة الى آخره قوله غير ان له ان يضمن المدبر بيان حصر الضمان على المدبر بعدما
كان للاعتاق ايضا سبب ضمان وتقريره ان ضمان المدبر ضمان معاوضة وضمان المعتق
ضمان جناية واتلاف والاصل في الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل الى غيره الا عند العجز
اما ان ضمان المدبر ضمان معاوضة فلانه يضمن ما اتلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان
ضمانه معاوضة بالبدل كالمغصوب فانعقد سببه لضمان موجبا الملك المضمون [illegible] ضمان الاعتاق فانه يضمن
ما اتلفه وما اتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك
المضمون وذلك خاص بضمان الجناية واما ان الاصل في الضمان ضمان المعاوضة فواضح فلهذا
جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا ومما يدل على ان ضمان المدبر ضمان معاوضة انه من غصب
مدبرا فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم ابق فلم يرجع من اباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب كذا
في النهاية والمشكلة في اخر باب النهي من اصول الفقه لشمس الائمة السرخسي وانما يكون الكسب له

كلامه واضح الا ما يشتمل عليه قوله بالعتق اي بالاعتاق قوله في زعمه اي في زعم كل واحد منهما قوله
فتصدق به يعني كل واحد منهما في حق نفسه وقوله لانه مكاتبه اي على تقدير الصدق وقوله او مملوكه يعني
على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش وانما يتحقق الاستسعاء على التقديرين لان المولى اذا كان كاذبا
في قوله الحق عن تكي نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعاء هو ان يكون الكسب للمولى واذا كان
صادقا في قوله اعتق الشريك يكون متعذرا بان العبد صار مكاتبا باعتبار تجزي الاعتاق عند ابي حنيفة
وكان مستسعى بمنزلة اخذ بدل الكتابة وذلك ايضا جائز قوله لا يرجحه في الحالين اي لان
المولى في حال اليسار والاعسار في احد شيئين اي التضمين على تقدير التحليف فانه لما انكر تحلف فاذا نكل
وجب الضمان والجواب بانه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما انه اعتقه صاحبه تحلف ولم يحلفهما
على تقدير الحلف فتعينت السعاية فلا فائدة في التحليف بل يتعين السعاية بلا تحليف لانه ما له اليه
قوله على ما بينا يريد به قوله يسعى لهما في الاستسعاء كذا كان او صادقا كذا في النهاية وقيل هو اشارة
الى قوله لانه مكاتبه او مملوكه ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان
دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف كذا عند ابي حنيفة لا فرق بين ان يكونا موسرين او معسرين او احدهما موسرا والآخر
معسرا لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد لكنها في الحاق النصف الباقي على السواء
وعند ابي يوسف ان كانا معسرين فكذلك وان كانا موسرين فلم يسع لواحد منهما في شيء فان كان
احدهما موسرا والآخر معسرا سعى في ربع قيمته للموسر منهما لان المعسر [illegible] السعاية والموسر يبنيهما
فان يسار المعتق عنده ايضا يمنع وجوب السعاية ووجه قول محمد فيما اذا كانا معسرين ان المقضي عليه
مجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضي بشيء للجهالة كذا هنا قلنا انا نتيقن بسقوط
نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة
ترتفع بالشيوع والتوزيع [illegible]
[illegible]

انه اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند اداء الضمان فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة
فلأن يعتبر ضمان المدبر وما اتلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان اولى قوله لان تعذر ذلك
مكاتب او محرم على اختلاف الاصلين قال الامام جلال الدين ابن المصنف هذا غير مستقيم وكذا قوله
لا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه يعتمد الاعتاق لشيء مكاتب ولا اخر وانما يصير كذلك بعد الاعتاق
والمستسعى عند ابي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب الا انه لا ينفسخ بالعجز ولا بالتقايل وانما
الصحيح ان يقال لانه عند ذلك مدبر قوله على ما نذكر اشارة الى ان فيه اختلافا قال بعضهم نصف
قيمته القن لان قبل التدبير كان له فيه نوعان منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الاجارة وما شاكلها
وقد زال احدهما وهو البيع وبقي الاخر وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة
عمره من حيث الحزر والظن والاصح ما قاله في الكتاب لان منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة
البيع زائلة وقيل الفتوى على الاول قوله ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان يعني ان المدبر لما ادى
ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته فملك المدبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد
وله ان يضمن قيمة ما كان له في الاصل وهو الثلث مدبرا لان نصيبه بعد التدبير كان مستحقا
به من الوجه الذي ذكرنا وفسد بالاعتاق فيضمن وليس له ان يضمن المعتق قيمة الثلث الذي
تملك على الساكت باداء الضمان لوجهين احدهما انه ملك المضمون مستندا والمستند ثابت من
وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والثاني انه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام
المدبر مقام الساكت في ذلك الثلث والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه
وبالوجه الثاني يندفع ما قيل على ما في الكتاب ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وهو
موسر يضمن للساكت قيمة نصيبه ثم يرجع المعتق على العبد وان ثبت له الملك مستندا وهو
ثابت من وجه دون وجه ووجه ذلك ان المدبر قام مقام الساكت باداء الضمان وليس
للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه
هو الاصل فكذلك من قام مقامه واما المعتق فلما قام مقام الساكت باداء الضمان وكان للساكت
ولاية الاستسعاء كان للمعتق ايضا تلك الولاية قوله والولاء بين المعتق والمدبر اي بين عصبة
المدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فان قيل
لو كان باداء الضمان يثبت ملك نصيب الاخر كان للمعتق ثلثا الولاء ايضا لانه ادى الى المدبر ثلث قيمته
مدبرا اجيب بان تضمين المعتق الى المدبر ضمان اتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا ان المدبر غير
قابل للنقل من ملك الى ملك فلم يملك المعتق شيئا بمقابلة ما ضمن واما المدبر فقد ملك نصيب
الساكت عند اداء الضمان مستندا الى وقت التدبير على ما مر فصار كانه دبر ثلثيه من الابتداء مستندا
فيثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث الا ان نصيب الساكت لكونه لما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى المعتق
وقوله لا يضمنها نملك لان ضمان التدبير ضمان تملك لانه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار
والاعسار واعترض بان قولكم ضمان الجناية لا يختلف باليسار والاعسار اريد به ضمان الجناية
او الجناية بالاعتاق والاول مردود بان من كسر جرة انسان مثلا او اتلف ملكا من املاكه
فانه يجب عليه الضمان معسرا كان او موسرا والثاني في محل النزاع واجيب بان المراد به الثاني والحكم
مدفوع بالسنة صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا وان كان فقيرا سعى العبد
في حصة الاخر فلا يقاس عليه غيره لكونه مخالف القياس قال واذا كانت جارية بين رجلين ادعى انها
الجارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما اي يرتفع عنها الخدمة يوما

عند ابي حنيفة وقالا ان انكر المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة كلها لا سبيل عليها يعني للمقر
بالاستسعاء لانه لما لم يصدقه وتقريره ان المقر لو اقر على نفسه بالاستيلاد صح فان اضافه الى من
عليه فلم يصدقه ذلك انقلب اقراره عليه واذا انقلب اقراره عليه صار كانه استولدها فصار كما اذا
اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كانه اعتقه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه
امتنع الخدمة للمنكر في حق المقر باقراره كالمستولدها ولا يملك المنكر تضمين المقر لانه ما اقر على نفسه
بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على نفسه في الحكم محتبسا عند الجارية فتخرج الى العتاق بالسعاية
كام ولد النصراني اذا اسلمت تخرج الى العتق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد الاسلام
والاضرار على الكفر ولابي حنيفة ان المقر لو صدق تقريره موقوف على مقدمة هي ان الخبر ينقسم
الى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على ان صدق الخبر وكذبه لاحتماله
المطابقة للواقع وعدمها ان المقر اما ان يكون صادقا في اقراره او كاذبا فان كان الاول
كانت الخدمة كلها للمنكر وان كان الثاني كان نصف الخدمة فنثبت ما هو المتيقن به وهو النصف
ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه تبرأ عن جميع ذلك اما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد
واما عن السعاية فبدعوى الضمان والاقرار بالنسب امر لازم لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا اقر
بنسب صغير لرجل وكذبه المقر له ثم ادعى المقر نسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لان النسب لا يرتد
بالرد فلا يمكن ان تجعل المقر كالمستولد واذا كانت ام ولد بينهما بان ولدت جارية بين رجلين ولدا
فادعياه فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها
لان مالية ام الولد غير متقومة عنده خلافا لهما وعلى هذا الاصل عدة مسائل ذكرها المصنف في
كفاية المنتهي منها انه اذا مات احدهما حتى عتقت لم تسع للاخر عنده وعندهما تسعى ومنها
انها اذا ولدت فادعاه احدهما يثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية
على الولد عنده وعندهما يضمن نصف قيمتها لشريكه ~~من الضمان ولا سعاية على الولد عنده~~
وعندهما يضمن نصف قيمتها لشريكه ان كان موسرا ويسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها
اذا غصبها فهلكت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما وجه قولهما في تقوم ام الولد انه منتفع بها
وطئا واجارة واستخداما بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم لان حل الوطء لا يكون الا بالملك
اليمين عند عدم ملك النكاح الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية ولو لا تقومها لم
تكن كذلك فان عورض بان بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم اجاب بقوله وامتناع
بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر وقوله غير ان قيمتها ثلث القيمة وهو واضح ولابي حنيفة
ان التقوم بالاحراز للتمول لا احراز للتمول في ام الولد لانها محرزة للنسب لا للتمول وقوله لا للتقوم
معناه لا للتمول وكذلك في قوله والاحراز للتقوم تابع اي ليس بمقصود لانه اذا احصنها واستولدها
ظهر ان احرازه للاستمتاع بتلك المنفعة لا لقصد التمول وقوله ولهذا لا تسعى لغريم جاز ان يكون بيانا
وتوضيحا لقوله والاحراز للتقوم تابع يعني انه لو كان مقصودا لسعت لغريم او وارث لتعلق حق الغرماء
به لتقومها لكن اللازم باطل فالملزوم كذلك وجاز ان يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم
وقوله بخلاف المدبر جواب عن قولهما كما في المدبر يعني بخلاف المدبر فانه ليس بمحرز للنسب لهذا يتعلق به
حق الغرماء وقوله وهذا اشارة الى الفرق بين ام الولد والمدبر وبيانه ان النسب فيها اي في ام الولد
متحقق في الحال وهي الحرية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة وكان ذلك يقتضي سقوط
الملك والتقوم جميعا الا انه لم يظهر عمله في حق زوال الملك ضرورة الانتفاع كما لم يظهر في زوال ملك النكاح

لذلك ولا ضرورة في اسقاط التقوم فبقي فيه الشبهة وأما في المدبر فالشبهة تنعقد بعد الموت لأن
قوله ان مت فانت حر تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ما عرف قوله
وامتناع البيع فيه جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس ان لا يمتنع
بيع المدبر الا انه انما امتنع تحقيقا للمقصود ولو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته
وفي أم الولد النصراني جواب عما قاسا عليه قوله ضمنا بمكاتبتها على ما ليس بمحقق المكاتبة
لكن حكمنا بانها تخرج عن ملكه باداء القيمة كانت في معنى المكاتبة وانما فعلنا هكذا دفعا للضرر عن
الجانبين اما في حق أم الولد فلئلا تبقى تحت النصراني وهي مسلمة واما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه
مجانا فلما كانت هي في معنى المكاتبة كان ما ادته في معنى بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه
الى التقوم ما تقابله لانه في الاصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم فلذلك قلنا ان مكاتبتها لم يقتض
تقوم أم ولد النصراني فاطرد ما قلنا

باب عتق أحد العبدين

لما فرغ من بيان عتق بعض العبد شرع في بيان عتق احد العبدين وقدم الاول لان الواحد قبل الاثنين
ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر
ولنسم كلا منهم باسم الفعل الذي اتصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا بأمر المولى بالبيان ما دام حيا
لانه هو المجمل فيرجع في البيان اليه ويعتق الذي عينه فان بين الكلام الاول في الخارج عتق الخارج
ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني ويعتق من عينه وان بين الكلام الاول في الثابت عتق الثابت وبطل
الكلام الثاني ... لانه صار حرا فلم يستحق به العتق كما لو جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر لا يعتق العبد لان
بكلمة ان الكلام الثاني وان عينت بالكلام الثاني الداخل عتق الثالث بالكلام الثاني وتعين الخارج
للكلام الاول فيعتق الخارج ايضا وان مات ولم يبين عتق من الذي تعين عليه القول فيعتق الثابت
اعتق عليه قوله احدهما ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين يعني الخارج والداخل عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد كذلك يعني يعتق من الثابت ثلاثة ارباعه ومن الخارج نصفه وفي
العبد الآخر وهو الداخل فانه يعتق ربعه باعتبار الاحوال والاصل في اعتبار الاحوال في حالة الجهالة
ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث ناسا الى حي خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم
بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل باعتبار
الاحوال وذلك لان السجود منهم كان يحتمل ان يكون لله تعالى وكان اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية
وان يكون لغير الله تقية من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم فلا يجب بقتلهم شيء فلما
يجب بقتلهم الدية فلما وجبت من وجه اوجب النصف واسقط النصف وعلى هذا مسائل اصحابنا فان قيل
ما بال ابي حنيفة في الخنثى يعطيه اقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال اجيب بانه انما يجب المصير
الى اعتبار الاحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه والخنثى ليس كذلك
لانه اذا بلغ مبلغ الرجال او النساء لا بد ان يتميز حاله بذكر او نبت له لحية وحاض او ينزل الاشتباه والوجه
من الجانبين ما ذكر في الكتاب وهو واضح هذا اذا كان في الصحة فان كان القول منه في المرض فان
كان لا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك وان لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام
وصاياهم لان العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب بقدر كل وصية فتجعل كل رقبة

على اربعة أسهم لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان فكذا الداخل
ويضرب الثابت بثلاثة الارباع وهي ثلاثة أسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة
كان الجميع واحدا وعشرين وتلك ثلاثة اربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة
وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم والداخل بسهم فكان سهام الوصايا ستة فاذا
كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في اربعة والثابت
يعتق منه الثلاثة ويسعى في ثلاثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان نصيب السعاية
وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة فان قيل ينبغي ان لا يعتق ولا سعاية عليهم
اصلا اذا لم تجز الورثة او لم يجيزوا عندهما لان الاعتاق لا يتجزى اجيب بان الاعتاق عندهما لا
يتجزى اذا صادف محلا معلوما اما اذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الاحوال فلا لانه
ثبوت حينئذ بطريق الضرورة وما كان كذلك لا يتعدى موضعها قوله ولو كان هذا اي ولو كان
الكلام في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه
ومن مهر الثابتة ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه وهي مسألة الزيادات خرجها محمد على ما اختلف
فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسألة واحدة والثمن في الصداق بمنزلة الربع في
العتاق لان المستحق بالطلاق سقوط على النصف من المستحق بالعتق يبقى تاما في الايجاب الثاني
فقيل هذا قول محمد فلا يكون حجة عليهما لان عندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا فلا بد
من الفرق بين العتق والطلاق وفرق بان الثابت في العتق بمنزلة المكاتب حتى تكون كان
له حق البيان وصرف العتق الى ايهما شاء من الثابت والخارج ما دام له حق البيان فكان كل واحد
من العبدين حرا من وجه عبدا من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحا
من كل وجه لانه كان بين المكاتب والعبد الا انه اصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا
واما الثابتة في الطلاق فمترددة بين ان تكون منكوحة وبين ان تكون اجنبية لان الخارجة
اذا كانت المرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثاني وان كانت الثابتة
هي المرادة بالايجاب الاول كانت اجنبية فيلغو الايجاب الثاني فجعلت اجنبية من وجه دون وجه
فيصح الايجاب الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة
والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن واما التفريعات فمنها ما ذكره في الكتاب ان كان المولى
والعبيد احياء ومنها اذا كان المولى حيا ومات احد العبدين فان مات الثابت عتق الخارج والداخل
اما الخارج فلان الكلام الاول اوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمته وكذلك
الكلام الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل وبطل مزاحمة الثابت هذا عندهما واما عند
محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا واما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق تبين ظهر ان الكلام الثاني
صحيح بكل حال فصار كانه قال له ولعبد آخر احدكما حر وان مات الداخل قبل المولى فهو اوقع العتق على ايهما شاء من الخارج
والثابت فان اوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بالاشتباه وكذا الداخل لان المضموم اليه حر قال
الامام فخر الاسلام في شرح الزيادات هذا عند محمد فاما عندهما فيجب ان يعتق الخارج والثابت
لان الكلام الثاني صحيح فتعين الثابت بموت الداخل فاوجب تعيينه تعين الخارج بالكلام الاول وان
مات الخارج يعتق الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام الثاني لان المضموم اليه حر هذه تفريعات
العتاق واما تفريعات الطلاق فمنها ان الزوج اذا كان حيا والنسوة احياء اوقع الطلاق
الاول على الخارجة صح الكلام الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة بالثاني وان اوقعه على الثابتة

لغا الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة والثابتة
بالكلام الاول فعندنا ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة
ثم لكل واحدة ثلاثة ارباع المهر فان ماتت الداخلة كان مخيرا في الاخريين بالكلام الاول فان اوقعه على
الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر في مسئلة العتاق
ومنها ميراث النساء وهو الربع او الثمن ينقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا نزاع
الاخرى والاوليين والنصف الاخر بين الاوليين لان احديهما الثابتة بالحق **قال** ومن قال لعبديه احدكما
حر ثم مات احدهما فكلامه على ما ذكر في الكتاب واضح خلافه قوله لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت او زيد عليه بما لو
قال لامتيه احديكما حرة ثم ولدت بنتا وام ولدي ومات احديهما لم يتعين الحرية والاستيلاد في الحية **اجيب**
بان هذا الكلام ليس بايقاع بصيغته بل هو اخبار ويحتمل التعيين ها عن الميت والحي فرجع البيان
المولى فاما الانشاء فلا يصح الا في الحي وهما في مسئلتنا فانما يتعين احدهما للحرية اذا مات الاخر لان
البيان فيه تعين بوصفين بوصف الانشاء وبوصف الاظهار دون هذا لان قوله احدكما حر لا يثبت العتق
في واحد منهما بعينه ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت فبالنظر الى هذا يكون البيان من جميع المال ان
كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان كذلك فانما يصح البيان في محل يحتمل الانشاء
والميت لا يحتمل الانشاء فتعين الاخر للعتق ضرورة **قوله** وكذلك اذا استولدها احدهما يعني اذا
وطي احديهما فعلقت منه لانها صارت ام ولد له فمن ضرورة صحة امية الولد استحقاق العتق
بها لينتفي العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احديهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة **قوله** للمعنيين
يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وابقاء الانتفاع الجعل به ولا فرق بين البيع
الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والبيع المطلق عن الخيار والبيع بشرط الخيار لاحد المتعاقدين
لاطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع احدهما ولم يقيد بشيء والمعنى ما قلنا
وهو انه قصد الوصول الى الثمن والوصول لانه ينافي العتق فتعين الاخرى له والعرض على البيع ملحق
بالبيع في المحفوظ عن ابي يوسف وذكر ابن سماعة عن ابي يوسف اذا ساوم احدهما كان بيانا لتعين
العتق في الاخر قيل مثل هذه العبارة تستعمل فيما سمع وحفظ ولم يثبت الرواية عنه مكتوبة **قوله**
والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره لما ذكر في
الايضاح اذا وهب احدهما اذا قبضه او تصدق واقبض عتق الاخر لان البيع الفاسد يعتق الاخر
العتق وان لم يكن قبض فكذلك الهبة والصدقة لان كلا منهما لا تفيد الملك بدون القبض وهذا
لان التعيين انما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد وكذلك اذا قال لامرأتيه احديكما طالق
ثم ماتت احديهما لما بينا ان الميت لم يبق محلا للعتق فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعين الاخرى له
وكذا لو وطي احديهما لما بينا في المسئلة التي بعد هذه ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما
لم يعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا يعتق لان الوطي لا يحل الا في الملك واحديهما حرة لا ملك فيها فالوطي
لا يحل فيها فاذا وطي احديهما جعل مستبقيا الملك فيها لتعيين الوطي الحلال لا الحرام على الصلاح فاذا تعينت لذلك
تعينت الاخرى لزوال الملك ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الملك قائم في الموطوءة اي في التي تطلب من كل
منهما واذا كان الملك قائما كان وطيها حلالا لان الملك قائم فلان ايقاع العتق انما هو في المنكرة
وهي اي الموطوءة غير منكرة بل هي معينة فلا يكون الايقاع فيها واذا لم يكن الايقاع فيها لا يكون الملك
واما اذا كان قائما كان الوطي حلالا فلا يحتاج الى بيان اذ اذا كان الوطي حلالا لم يكن بيانا لان كل
واحدة منهما على هذه الصفة وهذا الحل وقيامهما على مذهبه وهذا في غاية الدقة ويلوح فيه سمة التحقيق

الا انه

الا انه لا ينفي به قيل لان المنكرة التي ثبت فيها العتق لا تخلو عنهما ومبني الحل والحرمة على الاحتياط
وهو فاسد لان فيه تلويحا الى ترك ابي حنيفة رضي الله عنه الاحتياط **فان قيل** العتق اما ان يكون
نازلا اولا فان كان غير نازل كان انعقاد اللفظ عندهما لوله وان كان نازلا لا يجوز وطيها **اجاب**
على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به اي
لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول فكذا هذا وقال
على الشق الاول او يقال نازل اي العتق نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله المنكر كالبيع
فان المنكر يقبله بان يشتري احد العبدين على ان المشتري بالخيار فيهما فان ثمة يصح والوطي لا يقبله
المنكر لانه يصادف المعينة اذ هو امر حسي لا يقع الا في المعين ووطي غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطي
بيانا للاخرى **فان قيل** فكيف وقع بيانا في الطلاق **اجاب** بقوله بخلاف الطلاق لان المقصود
الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطي يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما
الامة فالمقصود من وطيها قضاء شهوة دون الولد فلا يدل على ... وهذا على طريقة تخصيص
العلل فاما ان يكون المصنف اختار جوازه او حمل على الخاص المعروف في اصول الفقه وقد
قررناه في التقرير او في تقريره **قال** ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة
انتصل كلامه على ما ذكر واضح وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط ذكر محمد في الكتاب هذا
الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى
بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم ارقاء وانما جواب
الكتاب في فصل اخر وهو ما اذا قال المولى لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان
كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدري ايهما اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف
الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة
والغلام والام رقيقان فالام تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية
حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكر في الكتاب هو الصحيح لما
ان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده وهو ما اذا كان في طرف واحد القول فيه قول من ينكر وجوده كما
اذا قال لعبده ان دخلت الدار غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا لا يعتق لانه وقع الشك
في شرط العتق فكذلك هاهنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط
مذكورا في طرفي الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فيحتاج الى اعتبار الاحوال
كما في مسئلة الكتاب **قوله** وهذا القدر يعرف مما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهي فقيل هي ستة
اوجه فصلناها في شرح الجامع الصغير احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايهما ولد اولا وهو المذكور
في الكتاب اولا وجوابه على الوجه المذكور فيه ان تعتق نصف الام والجارية ويسعيان في النصف
والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب والثاني ان تدعي الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى ذلك
والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا ووجهه ما ذكر في الكتاب والثالث ان تدعي الام
ان الغلام اولا والجارية كبيرة لم تدع شيئا وهو المذكور في الكتاب ثالثا وجوابه ووجهه ما ذكر
ايضا فيه والرابع ان تدعي الجارية وهي كبيرة والام ساكتة ان الغلام ولد اولا وهو المذكور في الكتاب
رابعا وجوابه ووجهه والخامس ان يتصادقوا ان الجارية هي التي ولدت اولا والجواب ان لا يعتق واحد
منهم لعدم شرط العتق والسادس ان يتصادقوا ان الغلام ولد اولا والجواب ان الام تعتق لوجود شرط
العتق وكذلك الجارية تبعا للام والغلام عبد لان الغلام قد انفصل عن الام في حال الرق لكون ولادته شرط

عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فافهم ولعل المصنف لم يذكرهما في الكتاب لظهورها

قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة على طلاق احدى نسائه جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى اعتاق احد عبديه كذلك عندهما وعند ابي حنيفة هي باطلة الا ان يكون في وصيته استحسانا على ما نذكره واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وانما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على ان العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما ووجه قولهما انه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز ان يحلف به ولا تصح الاجابة في المجهول وكل ذلك دليل على كون العتق حق الشرع ووجه قوله ان الاعتاق اثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك للعبد لا محالة فهذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته فكان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيها بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع ~~تقبل بدونها وعتق الامة من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيها بدون الدعوى وما كان~~ ~~من حقوق الشرع~~ تقبل بدونها وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق فلذلك تقبل فيها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق من حقوق الشرع فكان الشهادة فيه كالشهادة في هلال رمضان فان قيل لو كان كذلك لاكتفي بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر الديني وقد قبلت الشهادة على عتق امة هي اخت مولاها من الرضاعة اذا جحدته اذ ليس فيها تحريم الفرج لان حرمته ثابتة بحكم الرضاع فتقبل شهادتهما بالاعتاق اجيب عن الاول بان خبر الواحد حجة في الامر الديني ما لم يقع الحاجة الى الزام المنكر وههنا وقعت وعن الثاني بان فيه معنى الزنا لان فعل المولى زنا فبل العتق لا يوجب الحد وبعده يوجب لكونه بضعها مملوكا للمولى وان كان هو محرما عليه وطئها بالحرمة الا ترى انه جاز له ان يزوجها وبدل بضعها يكون له واذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج واذا ثبت الاصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله واذا كان دعوى العبد شرطا عنده الى آخر المسئلة قوله لان الدعوى من المجهول لا تتحقق قيل اذا ادعيا ذلك وجب ان تقبل البينة لان الدعوى حصلت من متعين واجيب بان صاحب الحق احدهما لا بعينه فدعواهما دعوى غير صاحب الحق وبان الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة لان الشهادة على احد العبدين لا على العبدين وقوله ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه كصورة نقض على ابي حنيفة لان الدعوى ليست بشرط في حق الامة ولم تسمع البينة ههنا ووجه دفعه ما ذكر بقوله لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه يعني قوله له ان الملك قائم في الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطؤهما ومعنى قوله انه يتضمن تحريم الفرج ان العتق اذا حصل استلزم ان يكون الوطي بعده زنا واعترض بان عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك ايضا حق الله فوجب ان يستغني الشهادة فيه عن الدعوى والجواب ان لازم عتقها من اغلظ الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن ان يكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطأ وقوله اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته بيان قوله الا ان يكون في وصيته استحسانا وقوله لان التدبير حيثما وقع وقع وصية يعني سواء وقع في حال الصحة او في حال المرض وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف احدهما ان التدبير مطلقا والعتق في المرض وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي لان تنفيذ الوصايا من حق الميت وكان الميت مدعيا تقديرا وعنه خلف وهو الوصي او الوارث فتقبل الشهادة والثاني ان

العتق لم يقع بالموت فيهما الا انه اوجب العتق في احدهما في حال العجز عن البيان فكان الجائز بالعام ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولم يذكر وجه القياس وهو ان المقضي له مجهول والدعوى من المجهول لا يتحقق لظهوره كما تقدم ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قال الامام فخر الاسلام لا نص فيه واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم لا تقبل لانه ليس بوصية حتى يكون الخصم هو الموصي وهو معلوم وقال بعضهم تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكان دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة والله اعلم

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هو ان يجعل العتق جزاء لشرط ولما كان المعلق كالمركب السبب اخر التعليق عن التنجيز وقوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر واعترض عليه بانه يجب ان لا يعتق عليه ما يشتريه بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه ثم دخل الدار فانه لا يعتق كذلك واجيب بانه وجد الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك لي يومئذ معناه اذا ملكت مملوكا وقت دخول الدار فهو حر بخلاف تلك المسئلة لانه لم توجد الاضافة فيها لا صريحا ولا دلالة وقوله لما قلنا يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول قوله لان قوله كل مملوك لي للحال لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون بمملوك له في الحال اذ لو لم يكن المملوك في الحال كان هو وغيره سواء وقوله ومن قال كل مملوك لي ذكر ظاهر ومبناه ان المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل لما ذكر في الكتاب وقوله وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي يدخل الحمل تبعا بناء على ان هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وامهات الاولاد حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكا آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لا الذي اشتراه بعده وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله املكه فان املكه للحال وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لانه المقصود قوله لان قوله املكه للحال حقيقة بالرفع لكونه خبر ان ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقدير يخالف رواية الجوهري انه مشترك بين الحال والاستقبال وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لا منافاة المخالفة لان كونه للحال حقيقة لا يدل على ان كونه للاستقبال ليس بحقيقة لان المشترك يحتمل كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليها على سبيل البدل وترجح احدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد ههنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم واقول قول المصنف وكذا يستعمله من غير قرينة يأبى قول هذا الشارح لان المشترك لا يستعمل في احد المعنيين بعينه الا بقرينة وليس النحويون مجمعين على ان المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى انه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب الى العكس ولعل هذا هو ما يتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه

بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده مدبر مطلق والآخر ليس بمدبر بل هو مدبر مقيد حتى جاز له ان يبيعه وان مات عتقا من الثلث مشتركين فيه وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف بطريق التدبير ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه لان اللفظ حقيقة للحال على ما بينا وهو مراد فلا يجوز ان يكون غيره مرادا على اصلنا ولهما ان هذا ايجاب عتق واما انه ايجاب عتق فبقوله كل مملوك املكه او لي فهو حر واما انه ايصا فبقوله بعد موتي ولهذا اعتبر من الثلث واذا كان كذلك ففي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة اي المترقبة والحالة الراهنة اي الحاضرة سميت بالراهنة لان الرهن هو الحبس والمحبوس قبلها ولا فيما بعدها كذا في الشروح الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها ومن تولد بعدها اذا عاش بعد موت الموصي والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فهذا الكلام من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا بالحالة الراهنة ليصير الايجاب مضافا الى الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصا يتناول الذي يشتريه اعتبارا بالحالة المرتقبة وهي حالة الموت ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله كالذي كان في ملكه لانه لم يتناوله الكلام حالة التملك لا من حيث الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه فقبل الكلام من حيث ايجاب العتق ولا من حيث الايصا لانه يكون عند الموت فكانه حال التملك استقبالا لا محضا لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبرا حال التملك واما عند الموت اذا كان موجودا في ملكه يصير كانه قال كل مملوك لي او املكه فهو حر لدخوله حينئذ تحت الحالة المرتقبة فيصير مدبرا لكون العتق في المرض وصية بخلاف قوله كل مملوك املكه او لي حر بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصا والحالة محض استقبال لا يتناولها الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه فافترقا وعلى هذا قوله والايجاب انما يصح مضافا الى الملك معطوف على قوله وفي الوصايا بمعنى لا ان يكون جواب سؤال مقدر كما ذهب اليه بعض الشارحين قال وهو ان يقال ينبغي ان لا يتناول الايجاب المشترى اصلا لا في الحال ولا في المال لان التناول انما يكون مضافا الى الملك والى سببه وليس احدهما في حقه موجودا فاجاب بان يتناوله باعتبار الايصا لا الايجاب الحالي **وقوله** ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لان ثاني الحال بلفظ يوسف ولعله اراد بقوله بسبب مختلفين ايجاب عتق ووصية الالفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام لان الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ وفيه نظر لانه لا يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد لان المراد ايجاب عتق في الحال وكونه ايصا فقط ايجابا بالادارة عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت واما تبينهما فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان اشمل تاديا واسلم من الاعتراض والله تعالى اعلم

باب العتق على جعل

الجعل بالضم ما جعل للانسان من شيء على شيء يفعله هو وكذلك الجعالة بالكسر واما اخر هذا الباب لكون المال في العتق غير اصل في باب العتق ومن اعتق عبده على مال او بمال كان من عرض او حيوان وغيرهما مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا او على الف تؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف فقبل العبد صار ايجابية فقوله لان الكلمة على الشرط واذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك في الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الافعال بل لما قبل لان الكلام فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه فقوله اذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال فهو يحتمل وجهين احدهما العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لانه مال فلا يملك المال واذا لم يملكه كان ما بذله في مقابلة المال والثاني ان العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة الى نفسه لكونه متفقا على اصل الحرية بالنسبة اليه ولهذا صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما واذا كان كذلك سقط ملك المولى في ذاته بالاعتاق او بيع نفسه منه فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال والجواب في بعض الشروح وهذا ايضا ليس بشيء لان العبد مال بالنسبة الى مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة الى نفسه فكان ما بذله في مقابلة ما عند المولى والثاني ان العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا لم يدخل في يده شيء من المال العاية ما يقال انه يثبت له به قوة شرعية وهي ليست بمال لا محالة فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال بل هو قوة شرعية وهذا اقرب منهما واذا ثبت انه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وان رد او اعرض عن المجلس بالقيام او بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل فاذا قبل صار ما شرط دينا عليه حتى يصح الكفالة به لانه دين صحيح بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لانه يثبت مع المنافي وهو قيام الرق فكان ثبوته على خلاف القياس لان القياس ينفي ثبوت حق المولى الذي على عبده فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يتعد الى الكفالة **وقوله** واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد يعني في قوله ومن اعتق عبده على مال **وقوله** فشابه النكاح يعني اذا شابه به ذلك جاز ان يثبت الحيوان دينا في الذمة ههنا كما جاز ذلك في تلك العقود وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز حنطة ولا يضره جهالة الوصف بان لم يقل جيد او ردي او وسط او خريفية او ربيعية فان جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية لكونها يسيرة ولو علق عتقه باداء المال صح لان هذه الصيغة اعني قوله ان اديت الي الفا درهم فانت حر صيغة التعليق فتعلق عتقه باداء المال كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لا احتياج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده وللمولى ان يبيعه قبل الاداء كما في التعليق بسائر الشروط من غير ان يصير مكاتبا يعني لا يثبت احكام الكتابة حتى لو مات وترك وفاء فالمال للمولى ولا يؤدى عنه ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من اكسابه ولو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها ولو حط المال او ابرأه المولى لم يعتق ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع **قوله** ومراده التجارة يعني من الترغيب في الاكتساب لانها هي المترعة عند الاختيار دون التكدي لانه يدني المرء بخسته **وقوله** وفي سائر الحقوق يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما اشبهها **وقوله** انه يعني المولى ينزل قابضا بالتخلية يرتفع المانع سواء قبض او لم يقبض وليس المراد بالاجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب والحبس **وقوله** اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا احترازا عن الكتابة فانها ليست بتعليق لفظي فانه لو قال العبد

كانت حرا هكذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم الفاظ الشرط فيه **قوله** ولهذا لا يتوقف
على قبول العبد يتنجز لانه استحقاقه تعريض لا خبر الاستحقاق ولا استحقاقه قبل وجود الشرط ولهذا
علكه البيع قبل الاداء **قوله** بخلاف الكتابة متصل بقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا **قوله** لانه
اي لان عقد الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب فكان للحر تعلق الاستحقاق قلنا انه تعليق نظرا الى
اللفظ كما ذكرنا ومعاوضة الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا لتحثه على دفع المال فينال العبد
شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ
بان يقول ان اديت الي الفا فانت طالق حتى لو طلقها بهذه الصيغة كانت بائنا فجعلناه تعليقا في
الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه
ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للضرر عن العبد
فانه ما تحمل المشقة في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر على القبول **فان قيل** لا يمكن جعله معاوضة
اصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك للمولى لانه قبل الاداء عبد وهو ما في يده ملكه **اجيب**
بانه لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذي بينا ثبت شرط صحتها اقتضاء وهو ان
يصير العبد احق بالمؤدى فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء وصار كما كاتب عبده على
نفسه وماله وكان الكسب مما لا يقبل الكتابة فانه يصير احق بذلك المال حتى لو ادى ذلك عتق كذا
في النهاية وغيرها معزوا الى مبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين احدهما ان معنى الكتابة
هو المعاوضة فلا بد من اثباته والثاني ان حصول الشرط صحة الشيء بعد ان لا يقتضي صحته فضلا عن
حصوله اقتضاء ولعل الصواب في الجواب ان يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكر تم قائم فيها
وهي معاوضة لشرفها بمعنى التعليق فلان يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق اولى فيكون
ملحقا بالكتابة دلالة **قوله** فعلى هذا اي على العمل بالشبهين يدور المعنى العتق ويخرج المسائل
المتعارضة بعضها في قوله ان اديت الي الف درهم فانت حر الحق في بعض الاحكام بمحض التعليق
وهي ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره والحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى
على القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود وعملنا بالشبهين
شبه التعليق في حالة الابتداء وشبه المعاوضة في حالة الانتهاء كما في الهبة بشرط العوض فانها
هبة ابتداء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة في العقار ويرد بالعيب ولو ادى البعض
يجبر على القبول لان الذي ادى به بعض الجملة فاذا ثبت تلك الاجبار على قبول الكل ثبت في البعض كما في
الكتابة وهذه من روايات الزيادات وقيل هي استحسان وما ذكره في مبسوط شيخ الاسلام انه لا يجبر على
قبول البعض لان معنى الكتابة عند ثابت من حيث انه عتق بما له اداه الى المولى وانما يعتق باداء
الجميع فما لم يوجد اداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة وهو القياس الا انه باداء البعض لا يعتق ما لم
يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى البعض الباقي لان الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد نفسه
كان كما اذا لم يوجد كله واذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا بخلاف الكتابة لان المال
هنالك واجب على المكاتب فيتحقق ابراءه عنه بسقوط الكل او البعض ولو ادى الفا اكتسبها قبل العتق
رجع المولى عليه وعتق اما الرجوع عليه بالف اخرى مثلها فلان الالف التي اداها كان مستحقة من
جانب المولى فلا يحصل المقصود بادائه لان مقصوده الحث على الاكتساب ليؤدي من كسبه فيملك المولى
ما لم يكن في ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك واما انه عتق فلوجود شرط الحنث لما انه ادى الالف فاستحقه

لا يمنع

لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال انسان واداه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس
وهذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يقتصر عليه كما في التعليق بسائر الشروط وجه الظاهر
ما ذكره بقوله لانه تخيير للعبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالتخيير بمشيئة العبد اذا قال
انت حر ان شئت **فان قيل** نعلم انه يصير ماذونا له في التجارة فكيف يكون الاداء مقتصرا على
المجلس **اجيب** بان الاذن يكون في صورة اذا اديت او متى اديت فان الاداء فيهما لا يقتصر على
المجلس ويجوز ان يقال لا تنافي بينهما لجواز ان يكون ماذونا بالتجارة ويقتصر الاداء على المجلس
يتجر فيه ويؤدي المال قبل الافتراق بالابدان ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم
فالقبول بعد الموت لان الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى ما بعد الموت وكل ما هو كذلك
يقتضي ان يكون القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الايجاب بخلاف ما اذا قال انت مدبر
على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال على ما سيجيء فيكون القبول
كذلك الا انه لا يجب المال مع قبوله لقيام الرق اذ التدبير يوجب حق الحرية لا حقيقتها فيكون الرق
قائما والمولى لا يستوجب دينا بخلاف ما لو اعتقه على مال لانه يثبت بحقيقة الحرية فالمال
يجب على الحر والمولى قد يستوجب ما لا على معتقه **فان قيل** لما لم يجب لما قال المدبر على الالف فايما
في تعليق التدبير بالقبول **اجيب** بانه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان
لم يجب المال **قوله** قال لا يعني المشايخ لا يعتق في مسئلة الكتاب اي الجامع الصغير وهي قوله انت حر
بعد موتي على الف درهم وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث او الوصي او القاضي لان الميت ليس
باهل للاعتاق في ذلك الوقت قال المصنف وهذا اي قولهم انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث صحيح بناء
على انه ايجاب مضاف الى ما بعد الموت واهلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت بالموت بخلاف
التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده كما لو قال
ان دخلت الدار فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسئلة الكتاب والتدبير بوجه اخر
وهو انه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفي مثل هذا لا يعتق
الا باعتاق الوارث لانتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر بخلاف
المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث **فان قيل** انت مدبر على الف درهم
معناه انت حر بعد موتي على الف فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغي ان يكون الايجاب في مسئلة
الكتاب حتى يشترط القبول ايضا فيه **اجيب** بان هذا يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع
وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله انت مدبر على الف اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فيشترط
القبول بعده **قال** ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين ومن قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع
سنين فقبل العبد عتق فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد وهو قول ابي حنيفة الاول عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلان الخدمة
في مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق وكل ما جعل عوضا عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لان
الحكم في الاعواض كلها وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا لان
حكم المال لانه بالعقد ولهذا صلحت صداقا مع ان الله تعالى ابقى الاعواض بالاموال حيث قال
ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على
خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع
المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي مسئلة بيع نفس العبد منه بالجارية اذا

بجارية

استحقت معروفة في طريقة الخلاف وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين
ولا بأس بذكر ذلك وجه قول محمد ان الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل
العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل المال لانها بدل
نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن تسليمه لان
العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لامكان ذلك هذا هو المبني ولقائل ان يقول هذا مناقض لما
قال المصنف في اول الباب انه معاوضة مال بغير مال لان العبد لا يملك نفسه وجوابه ان الاعتاق
على مال معاوضة مال بغير مال من وجه كما ذكرناه شابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح بالحيوان
كما تقدم ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر الى المولى وشابه بذلك بيع عبد بجارية فانه اذا مات
العبد ونحو العتق على الجارية ويلزمه قيمة العبد على ما يذكر واما المبني عليه فوجه محمد ان هذا بدل
ما ليس بمال وهو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفاء البدل وليس للمبدل وهو العتق قيمة
فيجب قيمة البدل ووجه قولهما ان الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمتها كما اذا باع عبدا
بجارية ثم مات العبد فانه يفسخ العقد على الجارية ويلزمه قيمة العبد (وقوله) كذا اذا مات المولى يعني ان
موت المولى في هذه الصورة كموت العبد … نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء (وقوله) ومن قال لآخر
اعتق امتك على الف درهم علي … في بعض النسخ على الف … الوجوب وذكر في بعضها التأكيد
والمسئلة ظاهرة (وقوله) وقد قررناه من قبل يعني في الخلع في مسئلة خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه
الاستقصاء والفرق ان الاجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لها بالطلاق اذ الثابت به
سقوط ملك الزوج عنها لا غير فكانا … التزام المرأة بالمال لكن الاجنبي بخلاف العتاق فانه
يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم تكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك وليس الاجنبي كالعبد
حيث لا يثبت له به شيء فصار كاشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز (قوله)
ولو قال اعتق امتك عني بالف درهم والمسئلة بحالها اي قال على ان تزوجنيها ففعل فابت ان
تزوجه قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل
عنه والوجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح (وقوله) على ما عرف يعني في اصول الفقه وفيه شيئان
احدهما ان هذا البيع فاسد لانه بيع بما يخصه من الالف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو
فاسد ولانه ادخل صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك
ههنا فيجب ان لا يقع العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والثانية ان البيع اذا كان فاسدا يجب فيه
العوض يجب قيمة المبيع بالغة ما بلغت والقول بالحصة من الثمن انما هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع
عبده ومدبره … فان البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما سيأتي … واجاب الامام
شمس الائمة السرخسي عن الاول بان الآمر … الاعتاق من هذا الوجه يصير قابضا نفسها
اذ في … وادنى القبض يكفي في البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة والامام فخر
الاسلام عن الثانية بان البيع مندرج بالاعتاق فاخذ حكم الاعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل
البيع بشرط النكاح فيجب القول بالحصة من الثمن (وقوله) فلو زوجت نفسها منه يعني في المسئلتين
لم يذكره محمد في الجامع الصغير وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو ما اذا لم يقل فيه
عني لعدم صحة الضمان وهي للمولى … حصة القيمة
للمولى في الوجه الذي قال فيه عني وما اصاب مهرها
كان مهرا لها في الوجهين والله تعالى اعلم بالصواب

باب التدبير

ذكر

ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع في الحياة ظاهر المناسبة والتدبير في اللغة
النظر الى عاقبة الامر وفي الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد موت الانسان بالفاظ تدل عليه
صريحا كقوله دبرتك او انت مدبر او دلالة كقوله اذا انا مت فانت حر وانت حر مع موتي او في
موتي وكقوله اوصيت لك بنفسك او برقبتك او بعتقك او بثلث مالي وحكمه انه لا يخرج عن
ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة فاذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق ثلثه
وسعى في ثلثيه وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة
كما في سائر التعليقات من دخول الدار ومجيء راس الشهر وغيرهما وكما في المدبر المقيد فان ذلك جائز
فيه بالاتفاق ولان التدبير وصية حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع
ونحوه كما لو اوصى برقبته لانسان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو
حر من الثلث رواه نافع عن ابن عمر ولانه اي التدبير سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت …
لكون كلامه عرضا لا يبقى فتعين ان يكون سببا في الحال واعترض على المصنف بان هذا الكلام مناقض
لما ذكر في اخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال في المدبر تنعقد السبب بعد الموت (وقوله) ثم جعله
سببا في الحال اولى يدل على ان جعله سببا في الحال وان كان المذهب عند اصحابنا ليس بمتعين بل
يحتمل ما ذكره هناك على غير الاولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية عن اصحابنا انه يجوز
ان يكون سببا بعد الموت او لعله رجع عن اجتهاده وحمل ما ذهب اليه الاصحاب اولى (فان قيل)
في التدبير تعليق وليس التعليق سببا في الحال وانما يكون عند وجود الشرط فما بال
التدبير خالف سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعي كما في سائر التعليقات (اجاب) بقوله بخلاف
سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط اعلم ان في كلام المصنف غموضا لا
ينكشف على وجه الحصول الا بزيادة بيان فلا بد منها فنقول اليمين نحو ما ينتفي بها الشيء مع
كونه مقتضيه وكلما ينافي اللازم ينافي الملزوم كما ذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضي ان يكون
سائر التعليقات اسبابا في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق
يمينا … اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم لان المقصود من اليمين هو المنع عن تحقق
الشرط وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق واليه اشار بقوله
وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وما كان منافيا للحكم لا يمكن ان يكون سببا له وصفة كون تصرف
التعليق يمينا يمنع كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق (فان قلت) قد يكون اليمين يعقد للحمل كما
في قول الرجل ان لم تدخل الدار فانت طالق وقد نص في الكتاب ان اليمين تعقد للمنع او الحمل فكيف قال
والمنع هو المقصود وانه يقتضي الحصر عند البلغاء (قلت) لا يقصد باليمين الا منع الشرط فالشرط
فيما ذكرتم هو النفي والمقصود المنع منه ويلزمه الحمل فان قلت التدبير يمين او ليس بيمين فان كان يمينا
يجب ان لا يكون سببا لقيام المانع عليهما قررتم وان لم يكن يمينا لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات
بطريق المشاكلة ان لم يكن اليمين اخص من التعليق ومر عليه انت طالق اذا جاء غد فانه تعليق
بامر كائن وليس بيمين في الحال والجواب انه اضافة لا تعليق (وقوله) وامكن تأخير السببية الى زمان
الشرط لقيام الاهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات ووجهه ان التدبير لا يمكن فيه
تأخير السببية الى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء اهلية الايجاب حينئذ واما سائر التعليقات
فتأخير السببية فيه الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية عنده فافترقا واعترض بان قيام الاهلية
ليس بشرط عند وجود الشرط ولم يكن التعليق ابتداء لحال البطلان الاهلية كما ذكر ثم في صورة

مطلب المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث

المجنون وأما إذا كان فلا نسلم أن الأهلية إذ ذاك غير شرط وقوله ولأنه وصية والوصية خلافة في الحال لفرق آخر بينهما وتقريره أن التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة في الحال لأن الموصي يجعل الموصى له خلفاً في بعض ماله بعد موته كالوارث فإنها سبب الخلافة واعترض بأنه لو كان وصية لبطل إذا قتل المدبر سيده لأن الوصية للقاتل لا تجوز وإذا كان الخرج ثلثها أو بعدها ولجاز البيع لأن الموصي يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعاً عن الوصية وليس الأمر كذلك والجواب عنها أن يكون جميعاً أن ذلك في وصية لم تكن على جهة التعليق لأنها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك أن بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعاً إنما يصح في الموصى به فيقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه إعتاقاً لا يقبل ذلك قوله وإبطال السبب لا يجوز تتمة الدليل متصل ولأنه سبب الحرية وسبب الحرية لا يجوز إبطاله وفي البيع وما شابهه من الهبة والصدقة والإمهار ذلك إبطال سبب الحرية فلا يجوز قال وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره لأن الملك ثابت في الحال وإنما ثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتاً ولهذا لو قال كل مملوك لي فهو حر دخل فيه المدبر وإذا كان كذلك فللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وإن كانت أمة وطئها وله أن يزوجها لأن ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا يعني من حديث ابن عمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم وهو حر من الثلث ولأن التدبير وصية لكونه تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت ولا يعني بالوصية إلا ذلك والحكم يعني العتق غير ثابت في الحال لأنه يعقد استحقاق الحرية كما ذكرنا فكل وصية تنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي قيمته وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لأن الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته قوله وولد المدبرة مدبر بهذا النسخ الصحيحة ووقع في بعض النسخ وولد المدبر مدبر وهو النسخ لأنه وكذا المدبر لا بد أن يكون من أمة أو غيرها فالأول يتبع أمه والثاني لا يتبع الأم في التدبير والكتابة وغيرهما دون الأب وأما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك إجماع الصحابة وخصوص الحيلة في أولاد المدبرة فقضي بأن ما ولدته قبل التدبير عبد يباع وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع وكان ذلك بمحضر الصحابة ولم ينقل عن أحد خلاف قوله فإن علق التدبير بموته بيان للمدبر المقيد وهو أن يعلق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي أو سفري أو مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لأن السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة وتحقيقه ما قدمناه وصار المعلق به إذا كان على خطر الوجود كان في معنى اليمين وقد عرفت أن صفة كونه يميناً تمنع عن السببية وأما إذا كان أمراً كائناً لا محالة لم يكن في معنى اليمين فكان سبباً فإن قيل إذا لم ينعقد السبب في الحال ففي أي وقت ينعقد العقد بعد الموت فليس ثمة الأهلية الإيجاب فالجواب أنه انعقد قبيله كيف يجوز بيعه أنه موقوف فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة حينئذ وإنما لا يبطل التدبير ومن المقيد أن يقول إن مت إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا يعني قوله لتردد في تلك الصفات بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكائن لا محالة وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن أبي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله أن رجلاً لو قال لعبده أنت حر إن مت إلى مائتي سنة قال أبو يوسف هذا مدبر مقيد وله أن يبيعه وقال الحسن هو مدبر

لا يجوز بيعه لأنه علم أنه لا يعيش إلى تلك المدة فصار كأنه قال إن مت فأنت حر ولو مات قبل السنة في الأول أو قبل عشر سنين في الثاني عتق ولو مات بعدهما لم يعتق لأنه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد

والله أعلم

باب الاستيلاد

لما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث أن لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها والاستيلاد طلب الولد لغة والولد من الإنسان كالصغير في الصفات الغالبة إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها لقوله صلى الله عليه وسلم لما ولدت مارية إبراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل له ألا تعتقها أعتقها ولدها أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع لأن الحديث وإن دل على تنجز الحرية لكن عارضه ما روي عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل ولدت منه أمته فهي معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعاً ومنعنا البيع بالحديث الأول والتنجيز بالحديث الثاني ولا يقال علة البيع معلومة فيها بيقين فلا يرتفع إلا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه لأنا نقول الأحاديث الدالة على عتقها من المشاهير وقد انضم إليها الإجماع اللاحق فدفعها ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فإن الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة وهي تمنع بيعها وهبتها لأن بيع الحر وهبته حرام فإن قيل لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لأن الجزئية توجبه ولتعين قائلين به أجاب بقوله إلا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكماً لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكماً مؤجلاً إلى ما بعد الموت فتعاضد المنقول بالمعقول في إثبات حكم مؤجل إلى ما بعد الموت وهو العتق وحرمة بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها فإن قيل لو كانت الجزئية باقية حكماً لعتق من ملكه امرأته التي ولدت منه بعد شرائها وليس كذلك أجاب بقوله وبقاء الجزئية حكماً باعتبار النسب والأصل في إثبات النسب هو الأب لأن الولد ينسب إليه وللأم أيضاً بواسطة الولد يقال أم ولد فلان فكذلك في الحرية فيثبت في حقهم لا في حقها وقوله وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها أحدهما كانت أم ولد له لأن الاستيلاد لا يتجزأ لأنه فرع ما لا يتجزأ وهو النسب فيعتبر بأصله فإن قيل فقد ذكر في باب العبد يعتق بعضه أن الاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه ولا يتجزأ فما وجه التوفيق بين كلاميه أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ عنده تصير نصيب صاحبه قابلاً للنقل بضمان المستولد لأن الاستيلاد وقع في القنة وهي قابلة للانتقال من ملك إلى ملك وما ذكر هناك من تجزي الاستيلاد ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضع والمحال وربما يحتمل أن يكون فيه روايتان عن أبي حنيفة وذلك لأنهما جعلا الاستيلاد مقيساً عليه في أنه لا يتجزأ فكان مجمعاً عليه ثم لما بعثه أبو حنيفة بأنه متجزئ عنده في ذلك الباب ومثل هذا يشكل لاختلاف الروايتين كذا في النهاية قال وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها قد ذكرنا أن الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها وكان الملك فيها قائماً كالمدبرة

ومثل هذا كان لاختلاف

فجاز له ان يطأها ويستخدمها ويؤجرها قبل ان يستبرئها **فان قيل** اشتغال الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما في المعتدة **اجيب** بان محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك في زوالها فلا يرتفع به بخلاف النكاح فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا يعود الا بتيقن الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة **وقوله** ولا يثبت نسب ولدها اي ولد الامة رجوعا الى ما ابتدأ به اول الباب بقوله اذا ولدت الامة من مولاها فاذا ادعاه الولد يثبت نسبه من غير دعوى على ما يجيء في قوله فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار وحكم المدبرة بحكم الامة في انه لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى **وقوله** الا ان يعترف به اي بالولد والاعتراف بالوطء غير ملزم وقال الشافعي يثبت منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد اي بالنكاح الذي هو مفض الى الوطء فلان يثبت به وهو اكثر افضاء اولى ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه اي عن طلب الولد وهو سقوط التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما او عدم نجابة الولد او لا دلالها عندهم فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا فيه فلا حاجة الى الدعوة لا يقال النسب لا يعتبر بالحرية اذا وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك لانا نقول لو كان ذلك مدارا لثبت من الزاني وليس كذلك وانما النظر الى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج الى الدعوة ووطء الامة ليس بموضوع له فيحتاج اليها وان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير اقرار اذا كان قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله من غير لعان ما لم يقض القاضي به او لم يتطاول المدة فاما بعد قضاء القاضي فقد لزمه به على وجه لا يملك ابطاله وكذا بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه وذلك كالتصريح بالاقرار وكلامهم في مدة التطاول قد سبق في اللعان **وقوله** لان فراشها ضعيف واضح **وقوله** وهذا الذي ذكرناه اي عدم ثبوت نسب ولد الامة بدون الدعوى حكم قضاء القاضي فاما الديانة فيعني فيما بينه وبين الله تعالى فالاعتراف به والدعوى ان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو ان يحفظها عما يوجب ريبة الزنا **وقوله** لان الظاهر هو ان الولد منه عند التحصين وعدم العزل يقابله اي يعارضه ظاهر آخر وهو العزل او ترك التحصين **وقوله** وفيه روايتان اخريان في بعض النسخ اخريان وليس بصحيح **وقوله** عن ابي يوسف وعن محمد قيل فائدة تكرار عن دفع وهم من يتوهم ان الروايتين عنهما باتفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل منهما رواية تخالف الاخرى فالمروي عن ابي يوسف في امة اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه والمروي عن محمد فيه انه لا ينبغي له ان يدعيه اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لاحتمال ان يكون منه وما ذكره ابو حنيفة هو الاصل لانه اذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر ان الولد منه فيلزمه ان يدعيه وان لم يحصنها او عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد فالنسب يثبت من الزوج لان الفراش له بالنكاح وان كان النكاح فاسدا بعد ما اتصل به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح كما انه اقوى من فراش ام الولد **وقوله** ولو ادعاه المولى معناه اذا زوج المولى امته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لانه ثابت من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره واما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم **وقوله** وتصير امه ام ولد له لان الموقوفة ام الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا

يستقيم

فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير ام ولد له وهكذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير فان قيل ينبغي ان لا تصير ام ولد له لان امية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد فاذا لم يثبت الاصل فكيف يثبت الفرع اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوته وان كان ذلك الاقرار في ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء لما فيه اقرار المولى في حظه وهو الملك وهذا الاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب منه معتبر في حق الام احتياطا الى ان تصير ام ولد **قال** واذا مات المولى عتقت من جميع المال سواء كان زوجها ام لا لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد ان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث وهي بقوله امر حكم لا الامر المصطلح فانهن يعتقن بعد الموت لهم كما تقدم وانما ذكر الدين نفيا للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعلن من الثلث لانه يعم ذلك من قوله وان لا يبعن في دين ولان الحاجة الى الولد اصلية لان الانسان يحتاج على بقاء نسله كما انه يحتاج الى بقاء نفسه وكل ما كان من الحوائج الاصلية تقدم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج **قوله** ولا سعاية عليها اي على ام الولد في دين المولى للغرماء فيما بيننا ان الحاجة الى الولد اصلية الى اخره وفي بعض النسخ لما روينا يعني حديث سعيد بن المسيب وجه ذلك انه لما قال ولا يبعن دل على انتفاء المالية واذا عدمت ماليتها لم تجب عليها سعاية **قوله** ولانها يعني ام الولد ليست بمال متقوم حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند ابي حنيفة لان ماليتها غير متقومة عنده وقد تقدم فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص فان من له القصاص بدينهم ويستوفونه منه دونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا بدلا منه شيئا متقوما وكذا اذا قتل المديون لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص وكذا اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفى لا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بالك قيمتها فيه على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل القول بالسعاية عليها عند ابي حنيفة مع ان مالية ام الولد غير متقومة عنده فان القول بالسعاية قول بالتقوم اذ السعاية ما هو الا عوض عن ماليتها **وقوله** وماليته ام الولد يعتقد الذمي متقومة فيترك وما يعتقد مجاب عن هذا الاشكال **وقوله** ولانها يعني مالية ام الولد ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا اي كونها محترمة يكفي لوجوب الضمان جواب اخر لذلك الاشكال الذي عرض عليه بان الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب ام الولد واجيب بان معنى الضمان في الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها وبين ما يضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله **وقوله** كما في القصاص المشترك يعني اذا كان القصاص مشتركا بين جماعة وعفى احدهم يجب المال للباقين وان لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز ان يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الاخرين عنده بعفو احدهم ولو مات مولاها وهو النصراني عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب وهو اسلامها مع كفر مولاها **وقوله** ولو استولدها المسألة ظاهرة وتقرير وجه الشافعي انه علقت برقيق وهو ظاهر ومن علقت برقيق لا تصير ام ولد لمن علقت منه لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لا يتجزأ الام في تلك الحالة اي في حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل وفي صورة النزاع ليس كذلك لانه جزء الام في تلك الحالة رقيقة لمولاها فلو انعلق الولد حرا كان الجزء مخالفا للكل **وقوله** كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني فانها لا تكون ام ولد لكون العلوق ليس من مولاها قيل في كلامه تسامح لان قوله هذا يدل على ان علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها

ولهذا لا يثبت اذا علقت من الزنا وقوله وهذا ولاية امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا يدل على ان
هذا هو العلة وهو المشهور عنه وكذلك مغاير للاول وهذا فاسد لان العلة هو علوق الولد حرا عند الناس
الا ترى ان في صورة الزنا لا يثبت امومية الولد لان الولد انعلق رقيقا لان المزني بها في تلك الحالة ملك مولاها
ولنا ان سبب الاستيلاد هو الجزئية الحاصلة بين الواطئين على ما ذكرنا من قبل في اول الباب حيث قال
لان الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الكامل منهما كملا
وقد ثبت النسب بالنكاح فتثبت الجزئية بهذه الواسطة واذا ثبتت الجزئية ثبتت امومية الولد
وقوله بخلاف الزنا جواب عن قوله كما اذا علقت بالزنا لانه لا نسب فيه اي في الزنا للولد الى الزاني
فلا يثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية فلا يثبت امومية الولد فان قيل لما لم يثبت
النسب من الزاني فعلام يعتق عليه الولد من الزنا اذا ملكه اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني
اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة بخلاف امومية الولد فانها تثبت بواسطة نسبة الولد
عن الزاني منقطعة فكان امومية الولد بالزنا نظير من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه
اي الاخ ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة والمراد بالاخ الاخ لاب واما الاخ
لام فانه يعتق عليه اذا ملكه وان كان من الزنا لان النسبة بينهما ثابتة وقوله واذا وطئ جارية
ابنه ظاهر قال واذا كانت الجارية بين الشريكين هذه المسئلة قد مر ذكرها في اول الباب حيث
قال واذا كان بعضها مملوكا ولكن كان ذكرها هناك من حيث ان الاستيلاد يخرج الامة الى الحرية
قبل الموت والحقيقة بعده وذكرها ههنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما يزيد بعدم تجزي الاستيلاد
المذكور هناك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكر فلا يعد تكرارا او لا
واضح خلافا لما تنبه عليه وقوله فادعاه احدهما لا فرق في ذلك بين الصحة والمرض وقوله لانه لما
ثبت النسب منه في نصفه الشريك لمصادفته ملكه ثم لا يثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى
الى آخر ما ذكر في الكتاب … تغليبا للمثبت للنسب احتياطا الا ترى انه يسقط الحد
عنه بهذا الطريق ويجب العقر فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة قوله فيتملك نصيب صاحبه
قال في النهاية هذا على اختيار بعض المشايخ واما الاصح من المذهب فالحكم مع علته يقترنان على ما عرف
في اصول الفقه واقول يجوز ان يكون مراده بالتعقيب التعقيب الذاتي دون الزماني وحينئذ يكون
واردا على الاصح من المذهب وقوله بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت
شرطا للاستيلاد فيتقدمه وهذه التفرقة بين الشريك والوالد من حيث ان ملك الشريك
في النصف قائم وقت العلوق وذلك يكفي الاستيلاد فيتملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد
فيكون الوطء في ملكه وواقعا في غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشركة فيجب العقر
واما الاب فلم يكن له ملك في الجارية وقد استولدها فيحصل ملكه فيها شرطا للاستيلاد في ملكه حملا
لامره على الصلاح فيكون الوطء في ملكه والوطء فيه لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر المثل فيكون
الشريك ضامنا لنصف مهر مثلها هكذا في مبسوط شمس الائمة السرخسي وفي مبسوط شيخ الاسلام
والمحيط العقر قدر ما يستأجر هذه المرأة لو كان الاستيجار للزنا حلالا قوله فلم يتعلق منه شيء على
ملك الشريك لانه كما علق انعلق حر الاصل لان صفة العلوق على ملكه وانه يمنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا
من ترجح جانب النسب ان ادعاه معا يثبت نسبه منهما قال المصنف معناه اذا حملت على ملكهما
وانما قيد بذلك لانه اذا كان الحمل على ملك احدهما بان كانا اشتراها هو وآخر فهي ام ولد له لان
نصيبه منها صار ام ولد له والاستيلاد لا يتجزى فيثبت في نصيب شريكه ايضا وقال الشافعي يرجع الى قول

القافة

القافة وهي جمع القائف كالباعة في جمع البائع وهو الذي يتتبع آثار الآباء في الابناء من قاف اثره
اذا اتبعه والقيافة فن في بني مدلج منهم المجزز لانه اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق
من ماءين يعني ما في تخلقه منهما قطعا ونقطع بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف
في اسامة روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة واسارير وجهه تبرق من السرور
فقال اما علمت ان مجززا المدلجي مر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطيا وجوههما وادرجا بادية فقال
ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما اظهر السرور ولوجب عليه
الرد والانكار قلنا كتاب عمر الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثانه
ويرثهما وهو للباقي منهما اي الولد يكون للاب الباقي من الابوين الذين كانا ادعياه اذا مات احدهما حتى يكون
كل الميراث للاب الحي دون ان يكون بصفة لورثة الاب الميت قوله وكان بمحضر من الصحابة يريد به ايراده
في محضر الجمع عليه وقوله في نسب الاستحقاق يعني الملك وقيل الدعوة احكام متجزئة يريد بها
مثل النفقة … التصرف في ماله والحضانة والميراث فيما يقبل التجزئة كالميراث يثبت في حق كل واحد
منهما كملا كان ليس معه غيره قوله الا اذا كان احد الشريكين استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت في
حق كل واحد منهما كملا وقوله وسرور النبي صلى الله عليه وسلم جواب عن قوله وقد سر رسول الله صلى الله
عليه وسلم واختلفوا فيما اذا ادعى الولد اكثر من اثنين فجوزه ابو حنيفة ونفاه ابو يوسف وجوزه
محمد الى الثلاث قال ابو يوسف يثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه وقال محمد الثلاث قريبة
من الاثنين وقال ابو حنيفة سبب الحكم الملك والدعوة وقد وجد وقوله فيصير نصيبه منها ام ولد
له تبعا لولدها يعني يخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعله قبل ذلك لانه لا اثر للاستيلاد في
ابطال الملك الخدمة واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضى
منهما بعتقها عند الموت ولا سعاية عليها في قول ابي حنيفة وتسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما
ولو اعتقها احدهما حال الحياة عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول ابي حنيفة
وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها ام ولد لشريكه ان كان موسرا وتسعى في نصف قيمتها وعلى كل واحد
منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرجع الام بالذي له وقوله كما اذا اقاما البينة يعني اذا اقاما
البينة على شيء يكون ذلك الشيء مشتركا بينهما على السواء فكذلك ههنا واذا اقاما البينة على ابن مجهول
النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب
ثبت النسب لانه صدقه ثبت النسب ولا تصير الجارية ام ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب نصا وعن ابي
يوسف انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت بمجرد دعوة المولى النسب كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب
كسب المولى وجارية الابن كسب الاب ووجه الظاهر وهو الفرق بين استيلاد جارية الابن
حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيه التصديق ان المولى لا يملك التصرف
في اكساب مكاتبه لانه محجور على نفسه ولهذا لا يتملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى
بتصديقه والاب يملك تملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه فلا يعتبر بتصديقه … ابنه لانه
وانما لا تصير الجارية ام ولد له اذا صدقه المكاتب لان حق الملك ثابت له في كسبه وذلك كاف لاثبات
نسب الولد الا ترى انه يمنعه من التزوج بها … حقيقة ملكه ولا حاجة به الى التملك وليس للاب في مال الولد ملك ولا حق
ملك … ولا يمكن اثبات النسب باعتبار ذلك الحق … فيثبت الملك سابقا ووقع الوطء في ملكه وولدت
منه فكانت ام ولد له وقوله وعليه عقرها اي على المولى عقر جارية المكاتب لان المكاتب احق بمنافعه
ماله من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطء واقعا في غير الملك وهو يستلزم الحد او العقر وقد سقط

الاولى بالتيمنة فيعتق الباقي وقوله مما ذكره اي ذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب قيل في
كلام المصنف نظر لانه قال انما له من الحق كما في صحة الاستيلاد والمفهوم منه صحة ثبوت استيلاد جارية
المكاتب والمنصوص في الكتب عن اصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نقيضه يصح هذا بعد تخطئته بقوله ولو كانت
الجارية ام ولد له اي للمولى فاذا ملك الجارية ام ولده فمن اين يصح الاستيلاد والجواب ان دلالة لفظ
الاستيلاد على طلب نسب الولد اقوى من دلالته على كونها ام ولد فكان تكلم بقوله لصحة الاستيلاد لصحة
نسب الولد بدلالة ما بعده فان المصنف اجل قدرا من ان يقع بين كلاميه في سطرين تناقض وقوله وقيمة
ولدها معطوف على قوله عقرها وقوله وهو ابنه قيل اي الولد يعني ان الولد الحاصل من كسبه كسب
فان المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز ان يكون انه اي الجارية كسب
كسبه وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب والضمير في برقيته يعود الى الولد قيل فيه قوله كما في ولد المغرور نظر
وحق الكلام كما في المغرور بدون ذكر الولد يعني ان الجارية لا تصير ام ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة
كما ان الجارية لا تصير ام ولد المغرور لعدم الملك فيها والجواب ان قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون
حرا بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية
ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كما في ام ولد المغرور وقوله وان كذبه معطوف على قوله وان
صدقه المكاتب وقوله فلو ملكه يعني ولد الجارية الذي ادعاه وكذبه المكاتب يوما من الدهر ثبت نسبه
منه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب قال في المبسوط واذا ملك المولى
الجارية اي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب فان كذبه
المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لانه حق الملك له في المحل كان مثبتا النسب منه عند صحة الدعوة الا ان
المكاتب اباه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب الأيمان

المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب الى هنا اقتضت الترتيب على ما تقدم وذكر الايمان عقيب العتاق
لمناسبة بينهما في عدم تأثير الهزل والاكراه فيهما واليمين في اللغة القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وفي الشريعة
عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وشرطها كون الحالف مكلفا وسببها ارادة تحقيق ما قصده وركنها
اللفظ الذي ينعقد به اليمين وحكمها البر فيما يجب البر فيه والكفارة عند فواته وانما قيد بقوله فيما يجب البر فيه لان من
الايمان ما يجب فيه الحنث على ما سيأتي والايمان على ثلاثة اضرب لان اليمين بالله اما ان يكون فيها مؤاخذة
او لا فان كانت فاما ان تكون دنيوية وهي المنعقدة او اخروية وهي الغموس وان لم يكن فهي اللغو الغموس هو الحلف
على امر ماض يتعمد الكذب فيه وذكر الماضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب الا ترى انه اذا قال والله انه لزيد وهو يعلم
انه ليس بزيد كان غموسا فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا ادخله الله النار
ولولا الاثم لما كان كذلك والتسمية تدل على معناه لانه ما سمي غموسا الا لانه يغمس صاحبه في الاثم ثم في النار قال شمس
الائمة السرخسي اليمين الغموس ليس بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع
ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين والتعريف الذي ذكرناه على بيانه ولا كفارة فيها
الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لان الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى
وقد تحقق ذلك الذنب بالاستشهاد بالله كاذبا فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة ولنا انها اي اليمين الغموس

كبيرة محضة لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها الغموس وكل ما هو كبيرة
محضة لا يناط بها العبادة لما ان اسباب العبادات لا بد ان تكون امورا مباحة كما عرف في الاصول
والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا يناط الغموس بها بخلاف المعقودة لانها
مباحة فجاز ان تناط بها العبادة وفيه بحث من اوجه الاول لو كان ما ذكرتم صحيحا لما وجبت الكفارة
على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا والثاني انها لما وجبت بالادنى وجبت بالاعلى
بطريق الاولى والثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة واتباعها اياها ماح لها لقوله صلى الله عليه
وسلم اتبع السيئة الحسنة تمحها وهاتان معارضتان والجواب عن الاول ان الكفارة لم تجب بالظهار
بل بالعود الذي هو العزم على الوطء وهو مباح وعن الثاني بانه لا يلزم من رفع الاضعف بشيء رفع
الاقوى به وعن الثالث بان الحسنة تمحو السيئة المقابلة بها ومقابلة هذه الحسنة بهذه السيئة
ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الحديث
وقوله ولو كان فيها ذنب جواب عما يقال المباح ضروبا لا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا يكون
مباحة فلا تناط بها العبادة كما ذكر تقريره لو كان في المنعقدة ذنب لهتك حرمة اسم الله فهو
متأخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدأ لم يدخل في السببية وترتفع عند الطريان بخلاف الغموس
فان الذنب فيها لازم لا يفارقه لا يتصور انفكاكه فيمتنع الالحاق اي الحاق الغموس بالمنعقدة وفي هذا
الجواب تلويح الى الجواب عن قوله فاشبه المعقودة والمنعقدة ما يحلف عن امر في المستقبل وكلامه ظاهر
وقوله الا انه علقه بالرجاء انما ذلك لما قال في المبسوط فان قيل فما معنى تعليق محمد نفي المؤاخذة في هذا
النوع بالرجاء بقوله نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة في اليمين اللغو منصوص وما عرف بالنص
فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلفة فيها وانما علق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو في
الصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروي عن زرارة
بن ابي اوفى وعن ابن عباس في احدى الروايتين وروي عن محمد انه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله
وبلى والله وهو قريب من قول الشافعي فان عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي
او المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس وروت عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله وتأويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي فان اللغو ما
يكون خاليا عن الفائدة والخبر في الماضي خال عن فائدة اليمين لان فائدتها المنع او الحمل وذلك
لا يتحقق في الماضي فكان لغوا واما الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد
ورد الشرع بان الهزل والجد في اليمين سواء ولقائل ان يقول في حصر الايمان على الثلاثة على التفسير
المذكور ويمكن ان يلتزم بان الشيء يمين على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها واما هذا فهو
جملة انشائية اكدت بجملة اخرى والقاصد في اليمين والمكره والناسي وهو ان يذهل عن التلفظ
باليمين ثم يتذكر انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا وفي بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسي وهو ان يريد ان
يسبح مثلا فجرى على لسانه اليمين سواء حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن
جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين فان قلت اليمين عقد يتقوى به عزم الحالف على الفعل او
الترك فهو من الافعال الاختيارية فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد قلت ذلك هو القياس
وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان
الحديث لانه محتمل ونص اليمين لا لانه مفسر وقوله والشافعي يخالفنا في ذلك يعني في وجوب الكفارة
على المكره والناسي سنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها

فهو سواء فيه وهو ومن فعله مختارا سواء تركه لدلالة فحوى الكلام عليه لان شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد لانه لا ينعدم بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة وهو وجود الفعل الحسي **وقوله** ولو كانت الحكمة رفع الذنب والشيء يدار على الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب المغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف يجب عليهما الكفارة وتقرير الكلام وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكرا او اشتراها من امرأة ولقائل ان يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول امرا خفيا في الاصل فيتعذر عليه وان لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم والمدلول هو الذنب في هذه الصورة عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح اقامة الدليل مقام المدلول

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

لما فرغ من بيان ضروب الايمان بين ما يكون يمينا من الالفاظ وما لا يكون والـيمين بالله اي بهذا الاسم او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفات ذاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه والمراد بالاسم هاهنا اللفظ الدال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى باسمائه فاعلها كالرحمة والعلم والعزة والصفة على نوعين صفة ذات وصفة فعل لانه اما ان يجوز الوصف به وبضده او لا والثاني صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم والاول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز ان يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون المسلمين ومشايخنا العراقيون على ان الحلف بصفات الذات يمين وبصفات الفعل ليس بيمين ويلزمهم ان يكون وعلم الله يمينا واعتذروا بانه القياس ولكنه ترك لجهة معنى المعلوم ومشايخ ما وراء النهر على ان الحلف بكل صفة يتعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوه ليس بيمين وهو مختار المصنف يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفا **وقوله** لان الحلف بها متعارف **وقوله** ومعنى اليمين وهو القوة الى آخره ذكره استظهارا لانه لما بني الايمان على العرف كان وجوده مغنيا عن النظر الى غيره **وقوله** الا قوله وعلم الله استثناء منقطع عن قوله وبصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا فان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان استثناء عن العرف منقطعا والكلام في قوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل في انه مذكور للاستظهار رغم العراقيون محتاجون الى ذكره معتذرة عن ورد على اصلهم كما تقدم **وقوله** ولان الرحمة قد يراد بها اثرها منقوض بغضب الله تعالى الى نظائر قدرة الله تعالى والمراد اثر والا لكان بمعنى المقدور لكون القدرة غير مرئية فيكون كالعلم ومع ذلك يحلف بها والحق ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به كان يمينا والحلف بعزة الله متعارف وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد رحمه الله وامانة الله يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا ادري فكانه وجد العرب يحلف بامانة الله عادة فجعله يمينا كانه قال والله الامين ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا مثل ان يقول والنبي والقرآن والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا

فليحلف

فليحلف بالله او ليذر وروى مالك رحمه الله في الموطأ عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرك عمر رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت قال المصنف اما لو قال انا بريء منهما يكون يمينا لان التبري منهما اي من النبي والقرآن كفر ولقائل ان يقول سلمنا ان التبري منهما كفر وكذا من كل كتاب كفر لكن كونه كفرا لا يستلزمها الا ترى انه لو قال ان فعلت كذا واعتقدت الربة ولعبت كفر وليس بيمين والجواب سيجيء عند قوله ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني **قال** والحلف بحروف القسم الحلف بالله انما يكون بحرف القسم ظاهرا او مضمرا وبحث حروف القسم وكون الباء اصلا وغيرها بدلا وجواز اضمار الحرف والنصب بعد الاضمار على ما اختاره البصريون او على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية في الاصل والاصول نبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والواصل الجدد يشتغل بكتاب الهداية لا بد وان يكون قد حلف ذلك ونا الفرق بين الاضمار والحذف بقاء اثر المضمر دون المحذوف والمصنف ذكر الاضمار في الرواية والحذف في التعليل بطريق المساهلة كذا في النهاية ويجوز ان يقال اطلق الاضمار بالنظر الى الجر والحذف بالنظر الى النصب **وقوله** وكذا اذا قال لله في المختار احتراز عما روي عن ابي حنيفة رحمه الله قال اذا قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة صيغة النذر ويحتمل معنى اليمين ولا اثر لتغير الاعراب في المقسم به نصبا وجرا في منع صحة القسم لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب **وقوله** قال ابو حنيفة ظاهر **وقوله** والمنكر يراد به تحقيق الوعد يريد الفرق بين الحق معرفا بان المعرف اسم من اسماء الله تعالى قال الله تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم والحلف به متعارف فيكون يمينا واما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكانه قال افعل هذا الفعل لا محالة وليس فيه معنى الحلف فضلا عن اليمين ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله ظاهر واعترض بان حقيقة اليمين ما كان حاملا على فعل شيء او تركه موجبا للبر وعند فواته يكون موجبا للكفارة على وجه الخلاف عن البر وقوله اقسم لا يكون موجبا من البر فيما يجده لانه لم يعقد منه على فعل شيء وتركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة انما لستر الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة الله وليس في اقسم مجردا هتك اسم الله فكيف يكون هو موجبا الكفارة ولان قوله اقسم صيغة فعل مضارع فلما يكون هي للحال كذلك يكون للاستقبال فلو وجبت الكفارة من حيث انها للحال لم تجب من حيث انها للاستقبال ولم يكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك احتياطا في حق الكفارة فانها ملحقة بالحدود حتى اذا اجتمعت تداخلت كالحدود واجيب بانه الحق بقوله علي يمين وهو يوجب الكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها ووجه ذلك ان كلمة على للايجاب واليمين لا توصف بالوجوب وانما موجبه يوصف بذلك وموجبه البر وهو غير ممكن هاهنا او خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه اقرارا بالكفارة صونا لكلامه عن الالغاء وكذلك قوله اقسم اخبار عن القسم في الحال وما تم قسم لانه عبارة عن جملة انشائية تؤكد بها جملة اخرى كما تقدم ولم يوجد منه شيء فيجعل اقرارا عن موجب اليمين بطريق الخلافة لذلك فاذا كان اقرارا يوجب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور هتك اسم الله ولا الى جعل تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما ترى يشير الى انه قال علي يمين او اقسم ولم يزد على ذلك اما اذا قال اقسم لا افعل كذا لا يصح اقرارا فيجوز ان يقال لا بد ان تكلم ان اليمين عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وهو موجود والعادة قد جرت باليمين به قال الله تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين وقال واقسموا بالله جهد ايمانهم وقال يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال فقالوا نشهد

قوله ولقائل ان يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه **اقول** والعلامة صدر الشريعة يمنع صحة دوران وجوب الاستبراء مع دليل شغل الرحم ايضا والتفصيل في كتاب الكراهية من شرح الوقاية فراجعه ان شئت
سعدي افندي

قال الشيخ فخر الدين الزيلعي هو الصحيح لانه صفات الله تعالى كلها صفات الذات وكلها قديم ... الحلف بها ... متعارف ... يكون يمينا
منه

الا لكل لرسول الله وقال فشهادة احدهم اربع شهادات بالله وكما جاز ان يكون حرف القسم ايضا كذلك
وهو حجة على زفر في عدم جوازه بدون ذكر اسم الله ثم اختلف في النية اذا لم يذكر اسم الله فقيل يحتاج
اليها وقيل لا لانه لا احتمال العدم سوى اليمين بحرف القسم **قال** وكذا قوله لعمر الله هذا معطوف على اصل المسئلة
وهو قوله اقسم الى اخره والعمر بالفتح والضم البقاء الا انه استعمل في القسم لا يجوز فيه الضم قال في
المبسوط لعمر الله يمين باعتبار المعنى قال الله تعالى لعمرك والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات
فكانه والله الباقي وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه
والله وكلمة ايم صلة اي كلمة مستعملة كالواو والبحث في قطع همزتها ووصلها وغير ذلك وظيفة
نحوية **وقوله** والحلف باللفظين يريد به قوله لعمرك وايم الله متعارف فيحلف بهما في العادة ولم يرد في
الشرع فيكون يمينا **وقوله** وكذا عهد الله وميثاقه تمامه ومن قال عليّ نذر او نذر الله ان لا افعل كذا كان
يمينا لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ومن قال ان افعل كذا فهو يهودي
او نصراني او كافر او نحو ذلك كان يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع
وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال وهذا جواب عمن قال الا ترى من
الكعبة او النبي فانه لا يكون يمينا وان كان ذلك كفرا لانه اعتقاد البرائة عن ذلك واجب الامتناع وقد
امكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا وهذا هو الموعود فيما تقدم وقد روي عن محمد انه اذا قال هو
يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فهما يمينان وان قال هو يهودي او نصراني ان فعل كذا فهو يمين
واحدة لان في الاول لكل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء وفي الثاني كلام واحد حين ذكر الشرط
مرة واحدة **وقوله** ولو قال ذلك لشيء فعله يعني لو حلف بهذا اللفظ على امر ماض فان كان يعلم
انه صادق فلا شيء عليه وان كان يعلم انه كاذب فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل يعني كما لو
حلف به على امر في المستقبل فانه في المستقبل كان يمينا يكفر ولا يكفر الحالف كذلك اذا كان في
الماضي وقيل وهو قول محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز
فكانه قال هو يهودي قال في النهاية والصحيح انه ان كان يعلم انه يمين فانه لا يكفر في الماضي
والمستقبل وان كان جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف يكفر في الماضي والمستقبل لانه لما اقدم على
ذلك الفعل وعنده انه يكفر فقد رضي بالكفر **وقوله** لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل قال
في النهاية اما الزنا والسرقة فانهما لا يحتملان النسخ ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصود
بالسرقة بعينه جاز ان يكون حلالا لانه بوجه النكاح وملك اليمين فسمى احتمال الانتقال بهما من الحرمة الى الحل
بالسبب الشرعي نسخا وتبديلا واما الخمر والربوا فيحتملان النسخ اما الخمر فظاهر لانها كانت حلالا في
اول الاسلام ثم نسخ واما الربوا فيحتمل النسخ في نفسه وان لم يرد النسخ في حقه الا ترى انه يحل في دار الحرب والاول في
كلام المصنف لف ونشر على غير الترتيب وذلك لان قوله شيئا متعلق بشرب الخمر واكل الربوا **وقوله** بتبدل
بالزنا والسرقة ويريد بالتبديل انتقال المحل على ما ذكره هذا افاده والحمل على ما ذكره صاحب النهاية
اعادة والحمل على الاول اولى فاذا كان كذلك لم يكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى
لان حرمته لا تحل في حال فلا يتحقق اليمين بذكر هذه الاشياء ولانه ليس بمتعارف فلا يكون يمينا والله اعلم

فصل في الكفارة

لما فرغ من بيان الموجب وهو الكفارة لكن هي موجب اليمين عند الانقلاب لان اليمين لم يشرع للكفارة
بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث وكلامه واضح وكون الواجب احد الاشياء على التخيير او واحدا
معينا عند الله وان كان مجهولا عندنا وعدم حمل الشافعي المطلق على المقيد على ما هو من مذهبه
وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب ثمة **وقوله** وهو الصحيح احتراز عما روي في نوادر ابن سماعة انه
يجوز وفي رواية اخرى انه اعطى السراويل المرأة لا يجوز وان اعطى الرجل يجوز لان المعتبر رد العري
بقدر ما تجوز به الصلاة لان ستر العورة فرض لا تجوز الصلاة بدونه اما ما زاد عليه ففضل
يجب للتجمل والتدفؤ فلا يؤاخذ عليه في الكسوة كما لا يؤاخذ عليه الادام في الطعام **وقوله** لكن ما لا يجزئه
على الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة يعني لو اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة لان
الاكتساء لا يحصل به ولكنه يجزئه من الطعام اذا كان نصف ثوب تساوي نصف صاع من حنطة
وكذلك لو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلا منهم اكثر من قيمة ثوب لم
يجز من الكسوة لانه لا يكتسي به كل واحد منهم ولكن يجزئه من الطعام وهل تشترط النية او لا ذكر
شيخ الاسلام في ظاهر الرواية يجزئ نوى ان يكون بدلا عن الطعام او لم ينو وعن ابي يوسف رحمه الله
اذا نوى ان يكون بدلا عن الطعام يجزئه عن الطعام وان لم ينو لم يجزه وان قدم الكفارة على الحنث لم
يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين لانها تضاف الى اليمين يقال كفارة
اليمين والواجبات تضاف الى اسبابها حقيقة والاداء بعد السبب جائز لا محالة فاشبه التكفير بعد الجرح
ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية هنا لانها تحصل بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث
وقوله واليمين ليست بسبب جواب عن قوله لانه اداها بعد السبب وهو اليمين اي وجه ان السبب
انما يكون مفضيا واليمين غير مفض الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث وانما اضيفت الى الاليمين
لانها تجب بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم بخلاف الجرح لانه مفض الى الموت **وقوله** لا يسترد
من المسكين قيل هو معطوف على قوله لم يجزه يعني وان لم تقع كفارة اذا دفع الى المسكين قبل الحنث
لكن لا يسترد منه لانه قصد شيئين ستر الجناية وحصول الثواب فلم يحصل الاول لعدم الجناية
فيحصل الثاني فيكون قد وقعت صدقة ولا رجوع فيها ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم
اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى
غيرها خيرا منها فليات بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه معناه من حلف على مقسم عليه من فعل او ترك لان
اليمين مركبة من مقسم به وهو باسم الله ومقسم عليه وهو قوله لا افعلن او لا افعل فكان من باب ذكر الكل
وارادة البعض وفي وجه هذا الحديث نظر لانه قال فرأى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مشروط برؤية
غيرها خيرا والجواب ان حال المسلم يقتضي ان يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى الحاله
وقوله وقد قلنا يعني اول الكفارة بعد الحنث تفويت البر الى جابر وهو الكفارة لما ان الجابر للمعصية
في مثله اي في ضدها قلنا اي لا جابر للمعصية للحنث فيما قاله الشافعي لان الحنث لما تاخر عن الكفارة
لم تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث لان الجابر لا يتقدم كذا في النهاية وقال في بعض الشروح ولا
فيما قلنا اي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفوت البر الى جابر وهو الكفارة والفوات الى جابر كلا
فوات فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر اما اذا ادى البر وهو ترك الصلاة
وقطع الكلام عن الاب وقتل فلان ففيه حصل المعصية بلا جابر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة فلهذا
قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه وكلا الوجهين صحيح والثاني انسب واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره
او بعد اسلامه فلا حنث اي لا كفارة عليه وقال الشافعي رحمه الله تعالى يكفر بالمال لان اليمين يعتمد البر

وهو من أهله لأنه إنما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله وهو يعتقده لكنه فكان اعتقاده يحمله على البر
ولهذا يستحلف في الدعاوي والخصومات وكنا أنه ليس بأهل اليمين لأنها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر
لا يكون تعظيما إذ الكفر إهانة واستخفاف بالحالف دهويا في التعظيم ولا هو أهل الكفارة لأنها عبادة ولا
الاستحلاف في الدعاوي والخصومات فإن المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول والإقرار والكفر لا ينافي
ذلك **قال** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه مثل أن يقول حرمت على نفسي ثوبي هذا أو طعامي هذا لم يصر محرما لعينه
وعليه إن استباحه أي إن فعل شيئا مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة وقال الشافعي رحمه الله
تعالى لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع وقلب المشروع لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين
كعكسه وهو تحليل الحرام ولنا أن اللفظ ينبئ على إثبات الحرمة فأما أن يثبت به حرمة لعينها وهو غير جائز
لأنه قلب المشروع كما ذكرتم أو لغيرها بإثبات موجب اليمين وفيه إعمال اللفظ والمصير إلى إعمال اللفظ عند
الإمكان واجب فيصار إليه ولهذا التقرير يندفع ما قيل إن بين قوله لم يصر محرما وبين قوله
وعليه إن استباحه تنافيا لأن الاستباحة إنما تستعمل فيما كان ثمة تحريم **وقوله** لم يصر محرما أي ما فيه
وكذا بين قوله لم يصر محرما معناه محرما لعينه **وقوله** إن استباحه أي ثابت للحرمة لغيره وعورض
بأن اليمين إنما يكون بذكر مقسم به وهو عند ذكر اسم من أسماء الله أو صفة من صفاته كما تقدم أو بأن
يذكر شرط وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا والجواب بسقوطها بقوله تعالى قد فرض الله لكم
تحلة أيمانكم بعد قوله لم تحرم ما أحل الله لك في تحريم العسل أو تحريم مارية أطلق اليمين على تحريم الحلال
وفرض تحلة أيمان والرأي لا يعارض النصوص السمعية ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب
إلا أن ينوي غير ذلك والقياس أن يحنث كما فرغ لأن قوله هذا يتناول كل مباح مثل فتح العين وغيره إلا لأنه
وقد فعل فعلا حلالا وهو التنفس وفتح العين فيحنث وهو قول زفر رحمه الله الاستحسان أن اليمين
ينعقد للبر وهو لا يحصل مع اعتبار العموم لامتناع أن لا يتنفس ولا يفتح العين فيعلم بدلالة الحال
عدم إرادة العموم فيصار إلى أخص الخصوص وهو الطعام والشراب العرف فإن العادة جارية باستعماله
في المتناول لا بد وإذا لم يكن العموم مرادا لا ينتفي والمراد لا بالنية وإذا نواها كان إيلاء هذا الكلام
يحتمل معناه والإيلاء أقرب وهو من صور الإيلاء هذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ بلخ كأبي بكر الإسكاف
وأبي بكر بن سعيد والفقيه أبي جعفر وبعض مشايخ سمرقند قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال
وعليه الفتوى **وقوله** وكذا ينبغي ظاهره لم يذكرها لو قال هرچه بدست چپ گيرم بروي حرام فهو قيل لا يقع
به الطلاق وإن نوى ولو قال هرچه بدست گيرم كان طلاقا قيل يقع به الطلاق وإن لم ينو وقيل لا يقع
بالنية ومن نذر نذرا مطلقا مثل أن قال لله علي صوم سنة ولم يعلقه بشيء فعليه الوفاء به لقوله صلى
الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وإن علق النذر بشرط سواء كان شرطا أراد كونه أو لم يرد
فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر ولا يجزئه كفارة اليمين لإطلاق الحديث فإنه لم يفصل بين كون
النذر مطلقا أو معلقا بشرط ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم يجزئه الكفارة
فكذا هذا وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه رجع عنه أي عن تعيين الوفاء بنفس النذر إلى القول بالتخيير بين
كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك وقال إذا قال إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه
أجزأه عن ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا حتى لو كان معسرا كان مخيرا
بين أن يصوم ثلاثة أيام وبين أن يصوم شهرا وهذا مروي عن أبي حنيفة في النوادر ووجهه ما روي في
الشافي مسندا إلى عقبة بن عامر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين
قالوا هذا إذا كان شرطا لا يريد كونه يعني بين الحديثين كما ترى تعارضا فحملوا الحديث الأول على النذر المرسل وهو

معتقدا أن الحالف كونه والثاني على معتقد لا يريد كونه جمعا بين الآثار والمعنى الفقهي في ذلك أن في الشرط الذي
لا يريد كونه كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعا أما معنى اليمين فلأنه قصد به المنع عن إيجاد الشرط
فيتخير ويميل إلى الجهتين شاء والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد
إذا أذن له مولاه بالجمعة فإنه مخير بين أداء الجمعة ركعتين وبين أداء الظهر أربعا والنذر واليمين معنيان
مختلفان لأن النذر قربة مقصودة واجب لعينه واليمين قربة مقصودة لغيره وهو صيانة حرمة
اسم الله تعالى بخلاف ما إذا كان شرطا يريد كونه كقوله إن شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه
وهو المنع لأن قصده إظهار الرغبة فيما جعله شرطا قال المصنف وهذا التفصيل أي الذي ذكرنا بين
شرط لا يريد كونه وبين شرط يريده هو الصحيح وفيه نظر لأنه إن أراد حصر الصحة فيه من حيث
الرواية فليس بصحيح لأنه غير ظاهر الرواية وإن أراد حصرها فيه من حيث الرواية لدفع التعارض
فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وبين
ما لا يريد على أن فيه إعادة إلى المقصود في الذهاب إلى ظاهر الرواية ومن حلف على يمين أي على مقسم عليه
من فعل أو ترك وقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف
على يمين وقال إن شاء الله فقد بر في يمينه رواه ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقوله صلى الله
عليه وسلم فقد بر في يمينه معناه لا يحنث أبدا لعدم انعقاد اليمين **وقوله** إلا أنه لا بد من الاتصال
استثناء من قوله فلا حنث عليه لأنه بعد الفراغ رجوع في اليمين فإن قلت هذا تعليل في مقابلة
النص فإن الحديث بإطلاقه لا يفصل بين المنفصل والمتصل قلت الدلائل الدالة من النصوص
وغيرها على لزوم العقود هي التي توجب الاتصال فإن جواز الاستثناء منفصلا يقتضي إخراج العقود
كلها من البيوع والأنكحة وغيرها من أن تكون ملزمة وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى وهذا التعليل
يوافق تلك الأدلة فيحمل الحديث على الاتصال توفيقا بين الأدلة وقد روي عن ابن عباس جواز الاستثناء
منفصلا وفيه ما ذكرناه

باب اليمين في الدخول والسكنى

لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال الواردة في اليمين فذكرها في أبواب
وقدم الدخول والسكنى على غيرها من الأكل والشرب ونحوها لأن أول ما يحتاج إليه الإنسان الذي تحقق
منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم بيوا رد عليه سائر الأفعال من الأكل وغيره وإليه
وقعت الإشارة في قوله تعالى يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون
الذي جعل لكم الأرض فراشا والسماء بناء الآية والدخول عبارة عن الانفصال من الظاهر إلى الباطن والسكنى
عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار مبيتا بأهله **قوله** ومن حلف لا يدخل بيتا ظاهر والبيعة
متعبد النصارى والكنيسة لليهود **وقوله** لأن البيت ما أعد للبيتوتة وهذه البقاع ما أعدت لها اعترض
عليه بأن الله تعالى سمى الكعبة بيتا قال إن أول بيت وضع للناس وسمى المساجد بيوتا بقوله تعالى في بيوت أذن
الله أن ترفع والجواب أن الأيمان مبناها على العرف لا على ألفاظ القرآن ألا ترى أن الله تعالى سمى بيت العنكبوت
بيتا ومطلق اسم البيت في اليمين لا يتناوله ولو استشكل بما قال في الفوائد الظهيرية إذا حلف لا يهدم بيتا فهدم
بيت العنكبوت حنث ويجيء الجواب إن شاء الله تعالى وكذا إذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار قال المغرب ظلة

الدار هي السدة التي فوق الباب وقول المصنف والظلة تكون على السكة اراد بها الساباط الذي يكون على باب
الدار ولا يكون فوقه بناء وانما لم يحنث لانه لا يطلق عليه اسم البيت لعدم البيتوتة فيه وكذلك لو كان فوقه
بناء الا انه مفتحه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته وقوله
وقيل اذا كان الدهليز ظاهر وان كان صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصارت كالشتوي
والصيفي الذي يبنى للبيتوتة فيه شتاء وصيفا وقيل هذا ان كان الصفة ذا حوائط اربعة وهكذا كانت
صفافهم في الكوفة اهل الكوفة ذكر عن ابي حازم القاضي انه قال اشكلت علي حتى اتيت الكوفة فرأيت
صفافهم مبنية فعلمت ان الائمة وضعوها على تعارفهم وقيل الحكم يجري على الاطلاق يعني سواء كانت ذات حوائط
اربعة او ثلاثة وهو الصحيح ذكره الحلوائي لان البيت اسم لمسقف مدخله من جانب واحد بني
للبيتوتة وهذا المعنى موجود في الصفة الا ان مدخلها اوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث ومن حلف
لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث
لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فمنها ما قاله

لبيد ◦ عفت الديار محلها فمقامها ◦ بمنى تأبد غولها فرجامها ◦

يعني معنى لازم وههنا لازم تأبد المنزل اي اقفر والفته الوحوش والغول والرجام موضعان
يقول عفت ديار الاحباب ما كان منها للحلول وما كان منها للاقامة وهذه الديار كانت بمنى فقد
توحشت الديار الغولية والرجامية وقال آخر

◦ الدار دار وان زالت حوائطها ◦ والبيت ليس ببيت بعد تهديم ◦

وهذا ظاهر وقوله والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر لما ذكر في الاصول
من الحلوائي عليه معلوما فلا حاجة الى التعريف بخلاف المنكر لانه لا معرف له سوى الوصف فيكون
معتبرا واعترض من وجهين احدهما ان الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع المشتراة للموكل اذا وكله
بشراء دار خربة لانها غير موصوفة وهذا نقض اجمالي والثاني ان البناء لا يخلو اما ان يكون كالخلع
المسمى او لم يكن فان كان داخلا وجب ان لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كما اذا حلف لا يكلم
رجلا فيتقيد يمينه برجل قاعد عالم الحضر ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة والجواب
عن الاول بان الدار في الوكالة تعرف بوجه لان التوكيل بشرائها انما يصح عند بيان الثمن والمحلة وليس
في اليمين كذلك فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا صفة وعن الثاني بان الصفة
متعينة للانحلال ان يكون مرادا كحكم العرف لتعينه وفي الرجال التراجع في الصفات ثابت من العلم والقدرة
بالصناعة والحسن والجمال وهذه الصفات اشرفها ممتنع ارادة عادة وليس البعض اولى من البعض في الارادة
فيمتنع الارادة اصلا كذا في النهاية نقلا على الفوائد الظهيرية ورد بان الناطق من الخارج فكان الايراد
محل يوردها فكيف صار الناطق صفة متعينة فهو في حيز النزاع واقول في جواب المعارضة المذكورة من
التقسيم غير حاصر لجواز ان يكون داخلا في المنكر لاحتياجه الى التعريف وخارجا في المعرف لاستغنائه عنه
ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام
وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لاعتراض اسم آخر عليه وامن ضرورة حدوثها

الاسم وان ذلك الاسم واليمين قد انعقدت لما يسمى دارا ولم يبق وقوله وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام
ظاهر قال واذا حلف لا يدخل هذا البيت ◦ وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء
لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف حنث لبقاء الاسم
قال الله تعالى فتلك بيوتهم خاوية في بيوت منهدمة السقوف ولانه يبات فيه فكان السقف وصفا
فيه وكذا اذا بني بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وانه صار بيتا بسبب جديد وتجدد
السبب يوجب تجدد العين فلا يكون داخلا في البيت المحلوف عليه فلا يحنث كذا في الشروح
ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها بالصعود اليه من خارج حنث لان السطح من الدار
لان الدار عبارة عما احاط به الدائرة وهو حاصل في علوها وسفلها الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه
بالخروج الى سطح المسجد ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يظن ان السقف من البناء فيتوهم
التناقض بين كلاميه لانه قال من قبل والبناء وصف فيها وقيل اذا وقف على السطح لا يحنث في
عرفنا قال الفقيه ابو الليث في النوازل ان كان الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار
لان الناس لا يعرفون ذلك دخولا في الدار وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ذكره القدوري مطلقا
وقال المصنف يجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم يعني به قوله اذا اغلق الباب بقي داخلا
وهو مسقف وقوله وان وقف في طاق الباب ظاهر وقوله وجه الاستحسان تعتبر به العرف
بالموجب يعني سلمنا ان للدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام والدخول لا دوام له لانه انفصال
من الخارج الى الداخل وليس له دوام واطلاق الدوام على الانفصال اولى لكونه حركة ابنية تنتهي
بغايته وقوله ولو حلف لا يلبس هذا الثوب ظاهر وقوله في فرقنا ش وقولهم استحسانا وحاصل
كلامهم ان الافعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله والفاصل بينهما قبول التأقيت
وعدمه فما قبل التأقيت قبل الامتداد وما لا فلا والاستدامة على الممتد بمنزلة الانشاء قال الله
تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين اي فلا تمكث قاعدا لانه صلى الله عليه وسلم
بعظ الناس قاعدا وعلى هذا قالوا اذا قال لامرأته كلما ركبت فانت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول
فيها طلقت اخرى لان للدوام حكم الابتداء وكلمة كلما تعم الافعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط ويتوقف
عليه ولو قال لها ان ركبت دابة فعلي ان اتصدق بدرهم فركبت دابة فعليه درهم وان طال مكثه في
الركوب ولو كان ما ذكرتم صحيحا للزمه اكثر من ذلك واجيب بان استدامته فيها مجعولة بمنزلة
الانشاء اذا لم يكن الانشاء الخالص مرادا وههنا قلنا في هذا الفصل اذا كان راكبا وقت اليمين
للمدة والتوقيت احترازا عما يقال في مجاري كلامهم دخلت يوما وخرجت يوما ولكن لا يعني المدة
والتوقيت وقوله ولو نوى الابتداء الخاص يصدق لانه نوى محتمل كلامه سماه محتملا وان كان
قوله لا يركب حقيقة في الابتداء لانه حقيقة فيه اذا لم يكن راكبا واما اذا كان راكبا فالابتداء
مجاز فيه وقوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار يعني وهو متأهل بدليل قوله فخرج ومتاعه
واهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم يكن متأهلا بل هو بنفسه عزم وخرج بنفسه لم يحنث والمنازل
اذا حلف فاما ان يحلف على الدار او المصر او القرية فان كان الاول فلا بد من نقل اهله ومتاعه
وان كان الثاني يكتفي بنقله الى مصر آخر على ما روي عن ابي يوسف وان كان الثالث فقد
اختلف المشايخ فيه حملها بعضهم على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح والحاكم في ذلك العرف
ليس الا ثم اختلفوا في كيفية النقل على ما ذكر في الكتاب واعتبر على قول ابي حنيفة رحمه الله بان
سكناه كان بجميع ما كان معه من الاهل والمتاع فاذا اخرج بعضه انتفى سكناه لان الكل ينتفي بانتفاء

المعنى وأجيب بأن الكل منتفٍ لانتفاء حقيقي لا اعتباري وما ذكرتم ليس كذلك وينبغي أن ينتقل
إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر وقال الشافعي إن لم يمكنه النقل من ساعته لتعذر الليل أو منع ذي سلطان
أو عدم موضع آخر ينتقل إليه لم يحنث لأن حالة الضرورة مستثناة خلافاً لزفر وكذا لو سد عليه
الباب فلم يقدر على النقلة أو كان شريفاً أو ضعيفاً لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد أحداً ينقلها
لم يحنث حتى يجد من ينقلها أو يلحق الموجود بالمعدوم للعذر ونوقض بما ذكره الشيخ الإمام أبو
بكر محمد بن الفضل أن من قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من
الخروج يحنث وكذا لو قال لامرأته وهي في منزلها إن لم تحضري الليلة منزلي فأنت طالق
فمنعها الوالد من الحضور يحنث وأجيب بأن في مسألة الكتاب شرط الحنث السكنى وأنه فعل
وجودي لا يحصل بدون الاختيار ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة وأما في
صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج إلى الاختيار فإن انتقل إلى السكة أو
المسجد قالوا لا يبر وقيل يبر لأنه لم يبق ساكنا دليل الأول ما ذكر في الزيادات أن من خرج
بعياله من مصر فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة هكذا هنا وصورته كوفي
نقل عياله إلى مكة ليستوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بدا له أن يرجع إلى خراسان فمر بالكوفة
فإنه يصلي بها ركعتين لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وإن بدا له في الطريق أن يدخل
مكة أنه لا يستوطن بمكة ويرجع إلى خراسان فمر بالكوفة فإنه يصلي بالكوفة أربعا لأن وطنه بالكوفة
قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هنا وفي بعض الشروح قوله قالوا لا يبر معناه إذا لم يكن في طلب مسكن
آخر أما إذا كان وبقي على ذلك أياما فلا يحنث في الصحيح وإن لم ينتقل إلى السكة أو المسجد لأنه
لا يمكنه طرح الأمتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة والله سبحانه وتعالى أعلم

باب اليمين في الخروج والإتيان وغير ذلك

ذكر الخروج ههنا ظاهر التناسب لأن له مناسبة بالدخول وأما الإتيان والركوب فهما
يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج **قوله** ومن حلف لا يخرج من المسجد ظاهر وكذلك الحكم
في الدار والبيت **وقوله** ولو أخرجه مكرها صورته أن يحمله إنسان فيخرجه مكرها لا يحنث لأنه لم
يوجد الفعل لا حقيقة ولا حكما وأما إذا هدده غيره فخرج فإن من المكره يحنث لوجود الفعل
منه ثم هل تنحل اليمين إذا أخرج مكرها قيل تنحل كما لو حلف لا يدخل دار فلان فصبت به الريح وألقته
فيها لم يحنث وتنحل اليمين وقيل لا تنحل وهو الصحيح **وقوله** في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ
فإنهم قالوا إنه يحنث لما أنه كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالإخراج **وقوله** ومن
حلف لا يخرج إلى مكة ههنا ثلاثة ألفاظ الخروج والإتيان والذهاب فالأول شرط الحنث به الانفصال
مجاوزا عمران مصره قاصدا لذلك دون الوصول قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله
وأراد به الانفصال والثاني شرطه الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فإذا وصل حنث سواء كان قاصدا
أو لم يكن والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الإتيان لقوله تعالى اذهبا إلى
فرعون وإنما المراد به الإتيان وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى إنما يريد الله ليذهب عنكم

الرجس

الرجس أهل البيت والإذهاب الإزالة فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط فيه الوصول قال
المصنف وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال ولو حلف ليأتينه غدا إن استطاع فهو على
استطاعة الصحة دون القدرة اعلم أن الاستطاعة تطلق على معنيين أحدهما سلامة الأسباب
والآلات قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا وفسره رسول الله
صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة والثاني القدرة الحقيقية وهي نوع عرض يترتب عليها
الفعل عند إرادته إرادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا قال الله تعالى ما كانوا
يستطيعون السمع إذا عرفت هذا ففيما نحن فيه كلامه ينصرف إلى الأول لأنه هو المتعارف وإن
عنى الثاني وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى
حقيقة كلامه وقيل يصدق قضاء أيضا لما بينا أنه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق قضاء لأنه
خلاف الظاهر لما بينا أن الأول هو المتعارف وفيه تخفيف على نفسه ولو حلف لا تخرج امرأته
إلا بإذنه احتاج إلى الإذن لكل خرجة حتى لو أذن لها مرة فخرجت بلا إذن حنث لأن المستثنى
خروج مقرون بالإذن لأن تقديره والله لا تخرجي خروجا إلا خروجا ملصقا بإذني لأن الباء للإلصاق فيقتضي
ملصقا وملصقا به فيكون ما وراءه المستثنى داخلا تحت الحظر العام ولو نوى الإذن
مرة صدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفا لمقتضى الباء ولو قال
إلا أن آذن لك فهي على الإذن واحدة لما ذكر في الكتاب واعترض عليه بقوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي
إلا أن يؤذن وكان تكرار الإذن لازما وأجيب بأن ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى إن ذلكم
كان يؤذي النبي وتمام التقرير فيه ذكرناه في الأنوار والتقرير ومعنى قوله لأن هذه كلمة غاية
أي كلمة تفيد معنى الغاية لأن إلا أن ليس موضوعا لها بل للاستثناء وتعذر حمله عليه لأن صدر
الكلام ليس من جنس الإذن حتى يستثنى الإذن منه فيحمل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما وهو
أن حكم ما قبل الغاية يخالف ما بعدها كما أن حكم ما قبل حتى يخالف ما بعده **قال**
ولو أرادت المرأة الخروج صورة المسألة ظاهرة وتسمى هذه اليمين يمين فور وهو في الأصل
مصدر فارت القدر إذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا لبث فيها ولا ريث فيقال
جاء فلان وخرج فلان من فوره أي من ساعته وتفرد أبو حنيفة بإظهاره أي باستنباطه وكان الناس
قبله يقولون اليمين نوعان مؤبد ومؤقت لفظا ثم استنبط أبو حنيفة رحمه الله هذا النوع
الثالث وهو المؤبد لفظا والمؤقت معنى وقد أخذه من حديث جابر رضي الله عنه وابنه حين دعيا إلى نصرة
رجل فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا واعتبر في ذلك العرف فإن الحالف في العادة يقصد بهذا
اللفظ منعها من الخرجة التي تهيأت لها لا عن الخروج على التأبيد فإن عادت فقد تركت تلك الخرجة
وانتهت اليمين فلا يحنث بعد ذلك وإن خرجت والعرف له اعتبار في باب الأيمان وعلى هذا لو أراد
الرجل ضرب عبده فقال الآخر إن ضربته فعبدي حر تتقيد بتلك الضربة وعلى هذا إذا قال له رجل
اجلس فتغد عندي فقال إن تغديت فعبدي حر وكلامه ظاهر ولو قال إن تغديت اليوم يجعل مبتدأ
لأنه زاد على مقدار الجواب فنفى تطبيقه على السؤال لأجل الزيادة فإن قيل الزيادة لا تخرجه عن كونه جوابا
للسؤال ألا يرى إلى قوله تعالى هي عصاي أتوكأ عليها وأهش بها على غنمي ولي فيها مآرب أخرى في
جواب قوله وما تلك بيمينك يا موسى كيف زاد على مقدار الجواب وهو أن يقول عصاي ولم يخرجه
عن كونه جوابا أجيب بأن كلمة ما تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات وحيث وقعت في السؤال
اشتبه على موسى عليه السلام أن السؤال وقع عن الذات أو الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا على

كل حال قال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية وفيه نظر لان اهل البلاغة قالوا انما
يستدل بها عن وصف العقلاء والعصا لم تكن عاقلة سلمناه ولكن الافعال المسندة الى موسى عليه السلام
لا تكون اوصافا وليس كانت لا تكون اوصافا للعصا واقول الزيادة على حرف الجواب لا تصرفه
عن كونه جوابا اليه وانما يجعل كلاما مبتدا اذا كانت ثمة مصرف يمكن حمله عليه اعمالا للزيادة كما
في المسئلة وليس في الاية ذلك فلم يصرف عن كونه جوابا بل الحق هذا وقوله يجعل مبتدا وقوله ومن
حلف لا يركب دابة فلان الدابة في اللغة كل ما يدب من الحيوانات اي يتحرك ماشيا على وجه الارض
قال الله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها ويتعلق الركوب منها بعني بما يركب منها مرادا
كالفرس والبغل والبعير والحمار والبقر والجاموس والفيل في القياس واستحسن العلماء في عقد اليمين
على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير اخذا من قوله تعالى والخيل والبغال والحمير
لتركبوها فحكمها الركوب في هذه الانواع الثلاثة فاما في الانعام فقد ذكر منفعة الاكل بقوله
تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء الاية وبالعرف فانه اذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه
احد انه ركب البقر والفيل وان كان يركب في بلاد الهند الا اذا نوى جميع ذلك فيكون على ما نوى في
حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرف هذا فمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة
عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله هذا اذا لم ينو فاما اذا
نوى ركوب دابة العبد فيحنث الا اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك
للمولى فيه عنده اي فيما ملكه العبد والمديون عند ابي حنيفة حتى لو اعتق عبدا منه لا يعتق
وهو ما ذكرنا المستثنى منه في قوله الا انه اذا كان عليه دين وهو القدر الذي اظهرناه وان كان
دين غير مستغرق او لم يكن عليه دين يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد
عرفا حيث يقال دابة عبد فلان ولم يقل دابة فلان وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا
وله مال فماله لمولاه فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في
الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين غير مستغرق او دين مستغرق اذا نوى
ووجه ذلك ان دين العبد ان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده الا انه يضاف الى العبد
فتختل الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية وقال محمد رحمه الله يحنث في
الوجوه كلها وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما والله اعلم

باب اليمين في الاكل والشرب

قد ذكرنا ان اول ما يحتاج اليه الانسان المسكن ثم الاكل والشرب وهذا الباب لبيان اليمين عليهما
واعلم ان ما يصل الى الجوف الانسان لا يخلو عن اربعة اوجه ماكول او ممضوغ او ملعوق فالماكول
ما يتاتى فيه المضغ والهشم لا الممضوغ حتى لو ابتلع ما يتاتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى اكلا
والمشروب ما لا يتاتى فيه ذلك فلو حلف لا ياكل لبنا فشربه لم يحنث ولو حلف لا يشربه فثرد فيه واكل
لم يحنث والممضوغ هو ما يحصل بعلاج اللهاة فلو حلف لا ياكل عنبا او رمانا فمصه ورمى ثفله وابتلع
ماءه لم يحنث لا في الاكل ولا في الشرب والملعوق هو ما يتناول بالحس لا بالمضغ والشرب اذا عرف هذا

الي ما في الكتاب فقوله فهو على ثمرها يعني اذا كانت لها ثمرة واما اذا لم تكن فاليمين يقع على ثمنها
لانه اضاف اليمين الى ما لا يوكل فينصرف الى ما يخرج منه لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الى المجاز وما
يخرج منه صالح لكونه مجازا لانه اي ما لا يوكل سبب له اي لما يخرج منه وذكر السبب وارادة المسبب مجاز
شائع ولكن يشترط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان ما يتخذ من ذلك الثمر ليس بثمر فلا
يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وانه كان الدبس لا يكون الا مطبوخا احترز عما اذا اطلق اسم
الدبس على ما يسيل من الرطب كما ذكر في بعض المواضع من الذخيرة وغيرها وقوله ومن حلف لا ياكل
من هذا البسر الخ وكلامه يشير الى قاعدة هي ان اليمين اذا انعقدت على عين بوصف يدعو ذلك
الوصف الى اليمين فيتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم فلذلك لا يحنث من حلف لا
ياكل من هذا البسر او الرطب او اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا
وهو الذي استخرج ماؤه فصار كالفالوذج الخاثر فانه قيل تعلق هذا اذا حلف لا يكلم هذا الصبي
او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغي ان لا يحنث لان الصبي مظنة السفه والشباب شعبة من
الجنون فكانا وصفين داعيين الى اليمين وقد قررا لا عند الشيخوخة فكان الواجب ان يحنث اجاب
بقوله وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي الى اخره ووجهه ان القاعدة المذكورة تقتضي
ذلك لكن الشرع اسقط اعتبارها لانه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام قال صلى الله عليه وسلم من لم
يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا الحديث والمهجور شرعا كالمهجور عادة فانعقدت اليمين على الذات وهي
موجودة حال الشيخوخة فيحنث في يمينه واعترض على دليل الكتاب بانا سلمنا ان هجران المسلم حرام
لكن الحرام يقع محلوفا عليه كما لو قال والله لنشربن اليوم خمرا واجيب بان الكلام في ان الحقيقة
تجوز ان يترك بهجران الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا للمجاز حملا لامر المسلم على الصلاح واما ان
اليمين تنعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه ومن حلف لا يكلم هذا الحمل قال ومن حلف لا ياكل بسرا
هذه المسئلة على اربعة اوجه اذا حلف لا ياكل بسرا فاكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من
قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة وتفسيره هو الذي عامته بسر وفيه شيء من الرطب
حنث في يمينه في قولهم وكذا اذا حلف لا ياكل رطبا مذنبا وهو الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر
حنث في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يحنث ولو حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا فيه شيء من الرطب
حنث عنده خلافا لهما على رواية الكتاب وذكر في الايضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد مع ابي حنيفة
في انه يحنث في هاتين الصورتين قال في النهاية والله اعلم بصحته لهما ان الرطب المذنب يسمى رطبا فاذا حلف
لا ياكل بسرا فاكل الرطب المذنب فقد اكل الرطب لا البسر فلا يحنث وكذلك بالعكس وصار كما اذا حلف لا يشتري
رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب
على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب فيحنث في الصورتين وان كان احدهما غالبا والاخر مغلوبا
الا ترى انه لو ميزه فاكله حنث بالاتفاق فكذا اكله مع غيره كما سنشكل بما اذا حلف لا يشرب هذا اللبن
فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث وان شرب غلبة وزيادة واشار المصنف الى الجواب عنه
بقوله وكل واحد مقصود في الاكل يعني بخلاف صورة اللبن فان اللبن لما صب فيه الماء شاع ووقع
في جميع اجزاء اللبن فصار مستهلكا ولهذا لا يرى مكانه فلم يكن كل واحد منهما مقصودا بالشرب
بخلاف ما نحن فيه والجواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر وقوله ولو حلف لا يشتري
رطبا كان لبيان المسئلة المتقدمة وهو ظاهر ومن حلف لا ياكل لحما فاكل السمك لم يحنث والاصل ان
اللفظ اذا تناول افرادا وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور لانه

اللحم من الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم فكان اللحم والدم في السمك ضعيف وقال المصنف
لعدم الدم فيه جعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت اللفظ
المطلق وموضعه اصول الفقه ولو اكل لحم خنزير او انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين
قد تعقد للمنع من الحرام واعترض بان الكفارة فيها معنى العبادة فلا ينالها وجوبها بما هو حرام محض
واكل لحم الخنزير والانسان حرام محض فكيف يتعلق وجوبها به واجيب بانه من مغالطة لان الكفارة
تجب بعقد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت وكون الحنث بامر مباح او حرام لا مدخل له في ذلك
اشار اليه بقوله واليمين تعقد للمنع عن الحرام **وقوله** وكذا اذا اكل كبدا ظاهر **وقوله** ومن
حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها والقضم الاكل باطراف الاسنان من باب لبس
وانما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه على اكل حنطة لا بعينها ينبغي ان يكون الجواب
على قول ابي حنيفة كالجواب عندهما قال في النهاية هكذا ذكر شيخ الاسلام في ايمان الاصل وهذه
المسئلة على اوجه احدها ان ينوي ان لا ياكلها كما هي فاكل من خبزها او سويقها لا يحنث بالاتفاق
لانه نوى حقيقة كلامه فتتقيد اليمين بها والثاني ان ينوي ان لا ياكل مما يتخذ منها لا يحنث باكل
عينها كذلك والثالث ان لا يكون له نية فاكل من خبزها لم يحنث عند ابي حنيفة خلافا لهما
والوجه من الجانبين ما ذكر في الكتاب ومبناه على ان الحقيقة المستعملة عنده اولى من المجاز
المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه اصول الفقه ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من
خبزه حنث بالاتفاق لان عينه غير ماكول فكانت متعذرة فيصار الى المجاز وهو ما يتخذ منه
ولو استفه اي اكله من غير ان يصنع لا يحنث هو الصحيح وانما قال هو الصحيح احترازا عن قول بعض
مشايخنا انه يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط به وهذا لان
عين الدقيق ماكول الا ترى انه لا يحنث لان هذه حقيقة مهجورة وقد انصرفت اليمين الى ما يتخذ
منه للعرف فيسقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنى بها لم يحنث لان
يمينه لما انصرفت الى العقد لم يتناول حقيقة الوطء **وقوله** ولو حلف لا ياكل الخبز اليمين على ما ذكره ظاهر
وطبرستان هي هذه الولاية وقيل اصلها تبرستان لان اهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس
فعرب الى طبرستان **وقوله** ومن حلف لا ياكل الشواء ظاهر **وقوله** وهذا لان التعميم متعذر
لان الذي اسهل مطبوخ ونحن نعلم بيقين انه لم يرد ذلك فينصرف الى الخاص وهو متعارف وهو
اللحم المطبوخ بالماء لان القلية اليابسة لا تسمى مطبوخا فلا يحنث باكلها ومن حلف لا ياكل الرؤوس
فيمينه على ما يكبس في التنانير اي يطم به التنور يعني يدخل فيه من كبس الرجل راسه في جيب
قميصه اذا ادخله فيه ويباع في المصر لان راس الجراد راس حقيقة وليس بمراد فينصرف الى
المجاز المتعارف وفسره في الجامع الصغير على ما ذكر في الكتاب واعترض على هذا بان لحم الانسان
والخنزير لا يباع في الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف لا ياكل لحما واجيب بما حاصله الفرق
بان الراس عبارة عن الجميع اجزائه لان منها العظم فكانت الحقيقة ان لم تكن متعذرة فهي مهجورة
شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة وفي المهجور شرعا يصار الى المجاز كما في المهجور عادة فليس المهجور
شرعا هو الذي لا يكون شيء من افراده ماكولا به كما لو حلف على ترك كلام الصبي فههنا ليس كذلك
فان قيل سلمنا ذلك لكن لا يطرد في الشيء فان الراس يشترك بجميع اجزائه فلم تكن الحقيقة متعذرة
اجيب بان من الرؤوس ما لا يوكل الشيء كله كراس النمل والذباب والادمي فكانت متعذرة ومن حلف
لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا

حنث

حنث وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث في العنب والرطب يعني لا في القثاء والخيار
وكانت المسئلة على ثلاثة اوجه في وجه يحنث بالاتفاق وهو ان يقع يمينه على اكل ما سوى
العنب والرطب والرمان ويستوي في ذلك الرطب واليابس وفي وجه لا يحنث بالاتفاق وهو
ان ياكل الخيار والقثاء لانه يوكل مع البقول وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان
اذا لم يكن له نية وكلامه ظاهر الا ما نذكره فقوله زيادة على المعتاد اي على الغذاء الاصلي حتى
يسمى الثمار فاكهة والمزاج فالفاكهة لوجود زيادة التنعم فيها **وقوله** والرطب واليابس فيه سواء
يعني ان ما كان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه ويابسه ويابس هذه الاشياء لا يعد فاكهة
فيجب ان يكون رطبها كذلك **وقوله** لانهما من البقول بيعا فان بائع البقول هو الذي يبيعها لا غير
واما الاكل فانهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناع والبصل **وقوله** ان هذه الاشياء مما يتغذى
بها يعني العنب والرطب ويتداوى بها يعني الرمان ولهذا كان اليابس منهما من التوابل حتى
كيابس الرمان ومن الاقوات كيابس العنب والتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرها والاصل في هذا
ان اللفظ اذا اطلق على افراد في بعضها دلالة تعطي زيادة معنى ليس في مفهومه استقامة لم يتناوله
كما تقدم في صورة النقصان في اللحم **قال** ولو حلف لا ياتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام اصطبغ على بناء
المفعول كذا كان معناه يختلط الثفاية وهو افتعال من الصبغ ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل ولا يقال اصطبغ
الخبز بالخل ولو حلف لا ياتدم اي لا ياكل اداما فكل شيء يصطبغ به فهو ادام ولا ينعكس فالخل والزيت
واللبن والزبد والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف في رواية الاصل وقال محمد ما يوكل مع
الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف وحاصل ذلك على ثلاثة اوجه ما يصطبغ به فهو ادام
بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر وامثالها مما يوكل وحده غالبا ليس بادام بالاتفاق وفي اللحم والبيض
والجبن اختلاف جعلها محمد اداما خلافا لهما له ان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يوكل مع
الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يوكل تبعا في العرف والعادة والتبعية
على نوعين حقيقة وذلك في الاختلاط ليكون قائما به وحكما وهي ان لا يوكل على الانفراد واللحم لا يختلط
فلا يكون تبعا حقيقة ويوكل منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون اداما **وقوله** وتمام الموافقة بالامتزاج
جواب عن قوله لان الادام من المؤادمة التامة الحاصلة في الامتزاج ايضا ولم توجد في هذه
الاشياء الا ان سويهما يقلل من التشديد بخلاف الخل وغيره من المائعات فانها لا توكل وحدها
بل يشرب والملح لا يوكل وحده ويذوب فيتبع فكان اداما والعنب والبطيخ ليسا بادام يعني بالاتفاق
كما ذكرنا هو الصحيح كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وقال بعض مشايخنا انه على هذا الاختلاف فاذا
حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر قال في النهاية هذا توسع في العبارة وانما
اكل الغداء الشبع والعبرة على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداء لا اسم للاكل
وقوله ولهذا يسمى الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث ذكره في الايضاح في باب الحلف على الغداء
فقال فانه ورد في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى احدى صلاتي العشاء ركعتين يريد
به الراوي الظهر **وقوله** ويعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم يعني ان كانت خبزا فخبز وان كانت لحما
فلحم حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي بخلافه لانه غداء في البادية
وقوله ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع رواه المعلى عن ابي يوسف وهو صحيح لان اكل اللقمة
او اللقمتين يصح ان يقول ما تغديت وما تعشيت ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال
عنيت شيئا دون شيء لم يصدق قضاء ولا ديانة لان النية انما تصح في الملفوظ لانها لتعيين بعض محتملات

اللفظ والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ فلا يصح نيته فان قيل صلته غير ملفوظ تنصيصاً لكنه
ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ اجاب بقوله والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه
فان قيل المقتضى امر شرعي وافتقار الاكل الى الطعام ليس كذلك لانه يعرفه من لم يعرف الشرع قلت يجوز
ان يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من ان المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ
ولا يكون منطوقاً به لكنه يكون من ضرورة اللفظ اعم من ان يكون شرعياً او عقلياً فان قيل سلمنا
ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر فانه يصدق
ديانة مع ان السفر والخروج غير مذكور لفظاً ونيته وبين ما اذا حلف لا يساكن فلاناً ونوى
ان لا يساكنه في بيت واحد فان النية صحيحة مع ان المسكن غير مذكور لفظاً حتى لو ساكن معه في
الدار لا يحنث أجيب بان الاولى ممنوعة منعها القضاة الاربعة ابو الهيثم وابو حازم وابو طاهر
الدباس والقاضي العمي رحمهم الله ولئن سلم فقوله ان خرجت ولا اساكن فلاناً يدلان على المصدر
لغة وقد وقع الثاني في صريح النفي والاول في معناه فيتناول كل منهما عدداً من الخروج والسكنى فجاز
تخصيصهم الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث
حتى يكرع منها كرعاً اي حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب يقال كرع الرجل في الماء اذا مد عنقه
نحوه ليشرب منه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة تدخل فيه اكارعها والكراع مستدق الساق
وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا شرب باناء يحنث ومبناه على ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز
المتعارف عنده وعندهما بالعكس اما كون المجاز متعارفاً فظاهر فان المفهوم من قولهم اهل فلان
يشربون من دجلة انهم يشربون من مائها واما ان الحقيقة مستعملة فلان الناس يكرعون من الاودية
وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا ولهذا اذا كرع
حنث بالاجماع فان قيل لم لا يشكل ان الحنث في الكرع باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه
في دار فلان وحينئذ يجب ان يحنث بالشرب بالاناء وغيره لان الحكم في عموم المجاز كذلك فالجواب ان
المصير الى عموم المجاز انما يكون بعد تعذر الحقيقة او هجرانها وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا يصار
اليه وقوله والخلاف في لا يشرب من دجلة ظاهر قال ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم
قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يحنث في ذلك كله اي فيما كان فيه الماء وعلم عدم الماء في الكوز او لم
يعلم فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يحنث
في ذلك كله اي فيما كان في الماء وفيما لم يكن وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح واعترض على وجههما
بان البر متصور في صورة الاراقة لان اعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان متصوراً واجيب بان البر
انما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من اجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن العود فيه باعادة الماء
في الكوز وشربه في ذلك الزمان وقوله ولو كانت اليمين مطلقة اي عن ذكر اليوم ففي الوجه الاول يعني
فيما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما وعنده يحنث في الحال وفي الوجه الثاني وهو ان يكون فيه ماء
واهريق يحنث في قولهم جميعاً فابو يوسف فرق في الوجه الاول وهو الذي لم يكن في الكوز ماء بين المطلق
عن ذكر اليوم وبين الموقت به فقال في المطلق انه يحنث في الحال وفي الموقت يتوقف حنثه الى آخر اليوم والصحيح
التشهير وجهه ما ذكر ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين
متى عقدت على فعل لا امتداد له مؤقتة بوقت ممتد يتعين الجزء الاخير للانعقاد لان الوقت ظرف له فيلزم في جزء
منه ويتعين آخره وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال كذا في بعض الشروح وقال في النهاية

قال ابو يوسف فرق بين المطلق والموقت اي في مسألة الوجه الثاني وهو ما اذا كان في الكوز فاهريق قبل الليل
فقال في المطلق يحنث حال وقت الاراقة من غير توقف الى الليل وفي الموقت لا يحنث في الحال بل يتوقف حنثه
الى آخر اليوم وهما فرقا بين المطلق والموقت يعني في هذا الوجه على ما ذكر في الكتاب واشار بقوله كما اذا عقده
ابتداء في هذه الحالة الى ان وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائها وقوله ومن حلف ليصعدن
السماء على ما ذكره ظاهر واعترض بانه لو تصور البر لو كان كما قال في حقيقة الكفارة لوجبت في الغموس
لان الله تعالى قادر على اعادة الزمان الماضي وقد فعلها لسليمان صلى الله عليه وسلم واجيب بان
تصور البر في الغموس بان يجعل الفعل الذي لم يوجد موجوداً منه وهو مستحيل وقوله واذا
كان متصوراً ينعقد اليمين انما كان كذلك لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله وايجاب الله يعتمد
التصور دون القدرة فيما له خلف الا ترى ان الصوم واجب على الشيخ الفاني ولم يكن له قدرة
لمكان التصور والخلف فكذلك هاهنا حنث عقيب وجوب البر ووجبت الكفارة للعجز الثابت
عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب اليمين في الكلام

لما ذكر بيان ايمان السكنى والدخول والخروج والاكل والشرب للمعنى الذي ذكرنا شرع في بيان
الفعل الجامع الذي يستتبع الابواب المتفرقة وهو الكلام اذ اليمين في العتق والطلاق والبيع
والشراء والحج والصلاة والصوم من انواع الكلام وكان للجنس تقدم على النوع ومن
حلف لا يكلم فلاناً فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام
ان التكلم عبارة عن اسماعه كلامه كما ان التكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان اسماع
الغير امر باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب المؤدي اليه مقامه وهو ان يكون بحيث لو اصغى
اليه اذنه ولم يكن عنه مانع من السماع ليسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع
وكلامه واضح وقوله لتغافله اي لغفلته وقوله في بعض روايات المبسوط يريد به ما روي في رواية
فناداه او ايقظه يحنث في يمينه وهذه الرواية تشير الى اشتراط الايقاظ للحنث وذكر في بعض
نص الروايات فناداه او ايقظه فهذه تدل على انه متى ناداه بحيث لو كان يقظان يسمع صوته
حنث وان لم يوقظه وقال شمس الائمة السرخسي الاظهر انه لا يحنث واليه اشار بقوله وعليه
مشايخنا والوجه ما ذكره في الكتاب يعني لو حلف لا يكلمه الا باذنه ظاهر وقوله وانه يتم بالاذن
كالرضا يعني انه اذا حلف لا يكلم الا برضاه فرضي المحلوف عليه ولم يعلم الحالف وكلمه لا يحنث
لان الرضا يتم بالراضي فكذلك الاذن يتم بالآذن قلنا الرضا من اعمال القلب فيتم بالراضي واما
الاذن على ما مر انه مشتق من الاذن الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك يقتضي
السماع ولم يوجد واعترض بانه لو كان كذلك لما صار العبد ماذوناً اذا اذن له مولاه وهو
لا يعلم لكنه يصير ماذوناً فلم يكن الاذن محتاجاً الى الوقوع في الاذن واجيب بان الاذن هناك
فك الحجر في حق العبد والعبد يتصرف باهلية نفسه ومالكيته فيثبت بمجرد الاذن واما في اليمين
فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن مبيحاً لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام

لذلك وهو مبني على تخصيص العلة وامره واضح عند الاصولي وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف
لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين لان ما يلي اليمين صالح للحلية الراجح كان من اخر الليل والنهار واذا
كان كذلك وقد وقع النكرة في سياق النفي كان اليمين فيتابد فذكر الشهر لاخراج ما وراءه عنه بدلالة الحال
وهو الغيظ الذي يحمله في الحال بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم يتابد
اليمين اما لانه ذكره في سياق الاثبات واما لان الصوم غير صالح للتابيد لتخلل الاوقات التي لا تصلح
ان تكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فاليه تعيينه **وقوله** وان حلف لا يتكلم
فقرأ القرآن واضح **وقوله** ولو قال يوم اكلم فلانا ههنا ثلاث عبارات نهار اكلم فلانا وليلة
اكلم فلانا فالاولى لبياض النهار خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث والثانية لسواده خاصة فلو كلمه نهارا
لم يحنث وما جاء استعماله في مطلق الوقت وما جاء في قول الشاعر **شعر**

وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ۞ ليالي لاقينا الجذام وحميرا

يراد به الوقت فليس مما نحن فيه لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما في الشعر بلفظ الجمع وذكر احد
العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الاخر وذلك اصل اخر غير ما نحن فيه والثالثة
يعتبر بما قرن به ان قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره
والكلام مما لا يمتد وان قرن به ما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار والبحث فيه وظيفة اصولية
وقررناه في التقرير فان عني في قوله يوم اكلم النهار خاصة صدق في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا
قال الله تعالى اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة والمراد به بياض النهار **وقوله** لانه غاية اما
في كلمة حتى فظاهر واما في الا ان فلما تقدم من مناسبة معنى الاستثناء معنى الغاية وكونه
مجاز الغاية **وقوله** فان مات فلان يعني الذي استاذن له القدوم او الاذن سقط اليمين
لانتفاء تصور البر فان قيل العادة الحيوة ممكنة فكان الواجب ان لا يبطل اليمين فالجواب ان
اليمين انعقد على القدوم او الاذن في حيوة القائمة لا المعادة بعد موته وهي غير المعادة
لا محالة ولهذا قلنا اذا قال لاقتلن فلانا وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا ينعقد اليمين
لانها وقعت على الحيوة القائمة **قال** ومن حلف لا يكلم عبد فلان اذا وقعت اليمين على فعل يتعلق
بمركب اضافي فاما ان يكون مع الاضافة اشارة اولا وكل منهما اما ان يكون الاضافة فيه اضافة
ملك او اضافة نسبة فان لم يكن مع الاضافة اشارة كما اذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو
عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف عليه
في اضافة الملك او اضافة نسبة فان لم يكن مع الاضافة اشارة كما اذا حلف لا يكلم عبد فلان
ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف
عليه في اضافة الملك بالاتفاق وكذا في اضافة النسبة عند ابي حنيفة رحمه الله وعند
محمد يعتبر وجود النسبة وقت الحلف فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلمه لا يحنث بالاتفاق
وكذا اذا طلق امرأته او عادى صديقه عنده وعند محمد يحنث كذا في الزيادات وجه قول
محمد ايضا ان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق يقصدان بالهجران لذاتهما فمقصود لا لاجل
المضاف اليه وما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه
اي بعين كل واحد منهما كما في الاشارة بان قال لا اكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه ووجه

ما ذكر

ما ذكره هنا يعني عدم الحنث فهو قول ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية الجامع الصغير ولم يذكر
لابي يوسف قول وقال فخر الاسلام يحتمل ان يكون قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة انه يحتمل
ان يكون غرضه هجرانه اي كل واحد من المرأة والصديق لاجل المضاف اليه فلما لم تعينه ويحتمل
ان لا يكون فلا يحنث بالشك وان كان مع الاضافة اشارة بان قال عبد
فلان هذا او امرأة فلان هذه او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق
في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر رحمه الله
وجه قولهما ان الاضافة للتعريف وتقريره الاضافة للتعريف وما هو للتعريف يلغو عند وجود
ما هو ابلغ منه فيه والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد
عليه بخلاف الاضافة لجواز ان يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق
والمرأة ووجه قولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه وتقريره لا نسلم ان الاضافة
للتعريف بل لبيان ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان اي الدابة والدار
والثوب لا تهجر ولا يعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل المعنى في ملاكها فتنعقد اليمين
بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي اذ ذاك بخلاف ما اذا كانت الاضافة نسبة كالصديق والمرأة
لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في الاضافة الى غير ظاهر لعدم التعيين
اي لعدم تعيين المضاف اليه للهجران لكون المضاف صالحا لذلك واذا كانت للتعريف لم
يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعني اضافة الملك لتعين المضاف اليه لذلك واعترض
بان الدابة والدار والمرأة يجوز ان يهجر لذاتها كما جاء في الحديث واجيب بان ذلك احتمال غير
معرف فلا يكون معتبرا **وقوله** وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان ظاهر **وقوله** وهذه الصفة
ليست بداعية الى اليمين جواب عما يقال لو كانت الصفة في الحاضر لغوا لحنث اذا حلف لا ياكل هذا الرطب
فاكله بعدما صار تمرا وتقريره الصفة في الحاضر لغو اذا لم يكن داعية الى اليمين وهذه كذلك
على ما مر من قبل يعني في اول باب اليمين في الاكل والشرب بخلاف الرطب فان صفته داعية الى اليمين

فصل

لما كانت الالفاظ المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقا بالازمان ذكرها
فصلا ومن حلف لا يكلم فلانا حينا او زمانا او الحين او الزمان فلانية لعلى شيء
من الوقت فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله
تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد به وقت الصلاة وقد يراد به اربعون سنة
قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر قال اهل التفسير المراد به اربعون سنة وقد يراد به
ستة اشهر قال الله تؤتي اكلها كل حين باذن ربها اي كل ستة اشهر ومعناه انه ينتفع بها في كل
وقت لا ينقطع نفعها البتة وهذا هو الوسط فينصرف اليه اذا لم يكن له نية **وقوله** وهذا اي
الانصراف الى ستة اشهر لان القصير لا يقصد بالمنع لعدم الحاجة الى اليمين في الامتناع عن الكلام
في ساعة والطويل لانه يؤجل فيه عادة بلا يمين والمؤبد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد ولو
زاد ذلك يعقل ابدا في العرف فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ولو سكت تابد اليمين فحيث ذكره لابد
له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره والا لا يكون لذكره فائدة فتعين الاوسط **وقوله** وكذا
الزمان ظاهر **وقوله** وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يعني يقع على ستة اشهر
المعرف والمنكر وقال ابو حنيفة رحمه الله الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر **وقوله**
هو الصحيح احترازا عن رواية بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة

بين قوله دهرا وبين قوله الدهر واذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه فاما ان يكون ستة اشهر كما قالا او اما ان يكون يقع على الابد كما قال بعض اصحابنا ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم وهو الذي ذكره المصنف بقوله اما المعرف بالالف واللام فيراد به العرف فالوجه للجانبين في المنكر ما ذكره في الكتاب وهو واضح فان قيل ذكر في الجامع الكبير جمعا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او اياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه فكان ابو حنيفة ايضا قائلا في دهور منكر بثلاثة منها فكل دهر ستة اشهر كما هو قولهما والحكم في الجمع وتوقف في المفرد اجيب بان ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يدعي معرفة الدهر فكانه قال من وقف على معنى الدهر يجب عليه ان يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة كما في الازمنة والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة وبيان اختلاف الاستعمال فيه ان المعرفة يقع على الابد بخلاف الحين والزمان وفي الدهري لمن قال بالدهر وانكر الصانع وحكى الله تعالى عنهم بقوله وما يهلكنا الا الدهر وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم عند الاطلاق والتوقف في مثل ذلك لا يكون الا من كمال العلم والورع وقوله ومن حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام هو رواية الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كما في المعرف قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع اصح لانه ذكر الايام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على اقل الجمع وهو الثلاثة ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على ايام الاسبوع والاصل ان حرف التعريف اذا دخل في اسم الجمع عند ابي حنيفة رحمه الله وهو العشرة لان الناس يقولون في العرف ثلاثة ايام او اربعة ايام الى عشرة ايام ثم بعد ذلك يقولون احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم فلما كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة بخلاف ما اذا حلف لا يتزوج النساء حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى اقصى ما ينتهي اليه اسم النساء وعندهما ينظر ان كان ثمة معهود ينصرف اليه والا ينصرف الى جميع العمر وفي الايام المعهود في عرف الناس ايام الاسبوع فكانت مرادة وفي الشهور المعهودة الى شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا وان لا معهود في الجمع والسنين فينصرف يمينه الى جميع العمر وقوله لانه يدور عليها قيل اي لان الشهور يدور على اثني عشر شهرا وكان القياس ان يقول لانها تدور عليه ولكن اول بالمذكور في الاول اليه وبالاولى ادى الثاني وقوله ومن قال العبد ظاهر وقوله وقيل لو كانت اليمين بالفارسية يعني مثل ان يقول [illegible] كني [illegible] اذا خدم سبعة ايام ينبغي ان يعتق لان في لساننا يستعمل في جميع الاعداد لفظة [illegible] فلا يجيء ما قاله ابو حنيفة في العربية من ان لفظ الجمع الى العشرة فلذلك اريد في العربية اكثر ما ينطلق عليه اسم الايام لان بعد ذلك لا يقال ايام بل يقال احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم وقيل في تعليل المصنف نظر لان لفظ العربي والفارسي اما ان يفهم منه معنى الجمع او لا فان فهم ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء وان لم يفهم ينبغي ان لا يكون الاسبوع مرادا ايضا ويمكن ان يجاب عنه بانه يفهم منه معنى الجمع وقوله ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء قلنا ممنوع لان الفارسي وان افاد معنى الجمع لكن لا ينتهي الى العشرة ايام الاسبوع لكونه معهودا ولعدم التناقل بالفصل والله اعلم

باب اليمين في العتق والطلاق

قدم هذا الباب على غيره لان الحلف بهما اكثر وقوعا فكان معرفة احكامه اهم من غيره ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك لو قال ذلك لامته وعلق به الحرية عتقت لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود مولود حقيقة وعرفا وحكما اما حقيقة فظاهر وكذلك عرفا لانه في العرف يسمى ولدا واما شرعا فلان الشرع اعتبره ولدا حتى تنقضي به العدة والدم الذي يعقبه نفاس وامه ام ولد له واذا تحقق الشرط ثبت الحكم ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا ان الموجود مولود كاخره لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لا الى جزاء كما لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار بعدما ابانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا الى جزاء وقوله ولابي حنيفة ان مطلق اسم الولد متقيد بوصف الحيوة يعني ان الولد وان كان مطلقا في اللفظ لكنه مقيد بوصف الحيوة دلالة لانه قصد اثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال اذا ولدت ولدا حيا ولم يوجد في جزاء الطلاق وحرية الام لانه اي الجزاء لا يصلح مقيدا لاستغنائهما عن حيوة الولد فلم يكن الشرط الا الولادة وقد تحققت على ما بينا واستشكل بما لو قال اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره انحلت يمينه حتى لو اشترى بعد ذلك عبدا لنفسه لم يعتق مع انه جعل شرا العبد شرطا لحريته وعبد الغير ليس بمحل للحرية عن المشتري لعدم ملكه واجيب بان الاضمار انما يكون لتصحيح الكلام والحاجة الى اضمار الملك لتصحيحه ليست كالحاجة الى اضمار الحيوة لان الحرية بدون الحيوة لا تتصور اصلا وفي ملك الغير تتصور موقوفة على الاجازة فلا يلزم من اضمار وجوب الحيوة اضمار الملك ولو قال اول عبد اشتريته فهو حر على ما ذكر في الكتاب ظاهر وكذا قوله اول عبد اشتريته وحده فهو من مسائل الجامع الكبير واستشكل بما لو قال اول عبد املكه واحدا فهو حر فاشترى عبدين ثم اشترى اخر لا يعتق الثالث مع ان معنى التفرد فيهما على طريقة واحدة وفرق بينهما بان كل واحد يقتضي نفي المشاركة في الذات ووحده يقتضيه في الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدق الرجل في قوله في الدار رجل واحد وان كان معه فيها صبي او امرأة وكذب في ذلك اذا قال وحده وان لم يكن كذلك قلنا اذا قال واحدا فقد اضاف العتق الى اول عبد مطلق لان قوله واحدا لم يفد امرا زائدا على ما افاده لفظ اول فكان حكمه حكمه واذا قال وحده فقد اضاف العتق الى اول عبد لا يشاركه غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق وقوله ان قال اخر عبد اشتريته فهو حر فاشترى وقوله ويعتبر من جميع المال يعني اذا كان اشتراه في الصحة وقوله حتى يعتبر من ثلث المال يعني على كل حال لان شرط العتق اخرية العبد المشترى وهو لا يثبت الا بعدم شراء غيره بعده وعدم شراء غيره يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان الموت معرف فتبين انه لما اشترى الثاني بعد الاول ثبتت صفة الاخرية فيه لكن كانت بعرضية ان يزول بشراء غيره فلا يحكم بعتقه ما لم يتحقق فاذا مات ولم يشتر غيره عرفنا تقرر صفة الاخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت كما لو قال لامته اذا حضت فانت حرة فرأت الدم لا تعتق لجواز ان ينقطع الدم فيما دون ثلاثة ايام فعتقت من حين رأت لانه تبين ان ما رأته كان حيضا من حين رأت الدم الى هذا اشار الامام السرخسي وذكر في النهاية وفيه تسامح لان ما ذكر في الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين ويجوز ان يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتبين في ذلك سواء وقوله وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به اي بوصف الاخرية كما اذا قال اخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصورا على

الموت يحقق الميراث وعند ابي حنيفة يقع مستندا الى وقت التزوج فلا يستحقه وفائدة التقييد بالثلاث
جاذاه ان يكون بيانا ان الطلاق البائن فان به يكون الزوج فارا وترث المرأة عندهما **قال** ومن قال كل عبد
بشرني بولادة فلانة البشارة اسم لخبر غاب عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون بالشر الا انه في
العرف يستعمل فيما يسر ويتغير به البشرة ويتحقق من واحد واكثر فاذا قال كل عبد بشرني بولادة فلانة
فبشره ثلاثة فان اخبروه معا عتقوا لان البشارة حصلت منهم قال الله تعالى وبشروه بغلام
عليم فان اخبروا متفرقين واحدا بعد واحد عتق الاول لان البشارة حصلت منه
ويحكى عما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود رضي الله عنه وهو يقرأ القرآن
فقال من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر
وعمر رضي الله عنهما للبشارة فسبق ابو بكر عمر بها وكان ابن مسعود رضي الله عنه اذا ذكر ذلك يقول
بشرني ابو بكر واخبرني عمر وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجز لان
الشرط اي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين فيما نحن فيه ولم توجد
وانما وجد عند الشرط وهو شرط العتق لا علته فلا يكون معتبرا حتى لو كانت النية مقارنة لليمين اجزأه
عندنا خلافا لزفر فيه فانه يقول [illegible] وهو قول ابي حنيفة الاول ووجهه قوله ان النية تشترط عند العلة والشرط آخر اوصاف
العتق لا علته واما العلة فهي القرابة فلا تعتبر النية عند الشرط وهي اي كون الشرط شرطا لا علة لان
الشراء اثبات الملك وهو ظاهر ولا اعتاق فيه لانه نافي للملك لان النية تكون بينهما منافاة فلا
يكون الشراء اعتاقا ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد والده الا ان
يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لم يشترط
غيره **وقوله** وصار نظير قوله سقاه فارواه جواب عما يقال عطف الاعتاق على الشراء بالفاء وهو
يقتضي التراخي بزمان في كلام العرب وان عطف فلا يكون نفسه ووجهه ان الفعل اذا عطف
على فعل بالفاء كان الثاني ثابتا بالاول في كلام العرب يقال ضربه فاوجعه واطعمه فاشبعه وسقاه
فارواه اي بذلك الفعل لا بغيره وفيه بحث وهو ان شراء القريب هل يثبت الملك للمشتري في القريب
اولا فان اثبته لا يكون اعتاقا لانه يثبت بعينه لا يكون مزيلا وان لم يثبته لا يعتق عليه لانه لا عتق
فيما لا يملكه ابن آدم ولا يقال شراء القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في القريب اعتاق لان
الاعتاق ازالة الملك وكون ثبوت الشيء ازالة له محال بالبديهة ولا يقال شراء القريب اعتاق بواسطة
موجبه وهو ثبوت الملك لانه اشد استحالة لانه يلزم ان يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته ازالة له
والجواب انه قوله ثبوت الملك في القريب اعتاق معناه ان الشرع اخرج القريب عن محلية
الملك بقاء كما اخرج الحر عن محليته ابتداء وبقاء وهذا لان العتق لا يقع الا في الملك فلو لم نقل
بثبوت الملك ابتداء لم يتصور وانه ممتنع قال لامته قد استولدتها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن
كفارة يميني فاشتراها عتقت لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا
تضاف الى اليمين من كل وجه والواجب بالنص تحرير ما يستحق حريته من كل وجه ولقائل ان
يقول القريب مستحق للعتق بالقرابة كما ان ام الولد مستحقة له بالاستيلاد فما بالها لا تعتق اذا اشتراها
بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب والجواب ان الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد
وكانت الحرية من جهتين من جهة الاستيلاد والشراء فلم يقع عن الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة
فانها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة من حريته سوى الشراء فاذا اشتراها ناويا للكفارة كانت
الحرية عن الكفارة من كل وجه **قوله** بخلاف ما اذا قال لقنة ظاهر **قال** ومن قال ان تسريت بجارية فهي

الجلالة اي ناوياً به اي كفارة يمينه ٢٢

قوله ووجهه ان الفعل اذا عطف على فعل آخر
اقول ولا يخفى ان ما ذكره اعتراف بالمغايرة
سعدي آفندي

قوله لا يقال شراء القريب يثبت الملك له
اقول لا يقال
في الظاهر ان شراء القريب يثبت الملك
في الزمان الاول ومزيل له في الثاني ولا منافاة
كما في الاعراض السابقة في العلل العقلية
ولعل مراد الشارح ايضا ما ذكرنا لكن
في عبارته نوع قصور سعدي آفندي

قوله لانه يلزم ان يكون مثبت الشيء ونفس
ثبوته ازالة له
يعني فاشتراها صح
اقول يعني يلزم ان يكون الشراء الذي هو
مثبت الملك مزيلا للملك سعدي آفندي

قوله وللقائل ان يقول الخ **اقول** المناسب
لغرضه هو العكس في التشبيه كما لا يخفى
سعدي آفندي

حرة بمعنى تسريت اتخذت سرية وهي فعلية منسوبة الى السر وهو الجماع او الاخفاء لان الانسان يستر وانما
ضمت سينه لان الابنية قد تتغير في النسبة كما في الدهري بضم الدال المهملة في النسبة الى الدهر وهي
عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد او لم يطلب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو
يوسف لا بد من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئ وعزل عنها لا يكون تسريا عنده واذا كان
كذلك لم يستلزم ملك الرقبة وانما يستلزم ملك الرقبة وانما يستلزم ملك المتعة سواء كان
بالنكاح او ملك الرقبة فاذا قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت
لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وكل ما انعقدت في حقه اليمين اذا وجد الشرط
فيه يترتب عليه الجزاء **وقوله** وهذا لان الجارية توضيح لانعقاد اليمين في حقها وان اشترى جارية
فتسراها لم تعتق خلافا لزفر رحمه الله فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك
وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا فان قيل هذا قول بالاقتضاء
اجيب بان اثبات الملك هاهنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والفرق بينهما ان الثابت بالدلالة ما يكون
مفهوما من اللفظ بلا تامل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية
مفهوما من النهي عن التأفيف ولا كذلك المقتضى لان المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضي ثم اذا قيل
فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تامل فكان الملك مفهوما من
التسري بلا تامل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بدليل الاقتضاء هكذا ذكره
صاحب النهاية وتبعه الشارحون وفيه نظر لان الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق الحاق
صورة باخرى بامر جامع كالضرب الملحق بالتأفيف بواسطة الاذى ولهذا ذهب بعض اصحابنا
واصحاب الشافعي ان الدلالة قياس لوجود اصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك من التسري
ليس كذلك واقول هذا اللفظ يستعمل في العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق الاصل
مجازا او نقول هذا الحكم اذا ثبت عن زفر ولم يقل بالاقتضاء كان مناقضا فكفينا مؤنة الجدال
معه ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وتقريره سلمنا ان ذكره ذكر الملك
ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة صحة التسري وتقريره سلمنا ان ذكره ذكر الملك ولكن بطريق
الاقتضاء ضرورة صحة التسري لكونه شرطا وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر في حق
الجزاء وهو الحرية لانها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء **وقوله** وفي مسئلة الطلاق جواب عن قوله
كما اذا قال لاجنبية وتقريره ما ذكر في المسئلة المذكورة فالامر فيه كذلك لانه يثبت فيها
ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعدى الى صحة الجزاء حتى لو قال لها
ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا من حيث
ان في كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدى الى صحة الجزاء واما وزان مسئلة زفر
فهو ان يقول ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام
الملك في الحال في العبد فيصح تعليق عتقه بشرط يوجد ومن قال كل مملوك لي حر عتق
امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء لانه ثبت ان كل واحد من
هؤلاء في الاضافة الى نفسه بقوله لي كاملة الملك ثابت فيهم رقبة ويدا واذا كان كذلك دخلوا تحت
كلمة كل ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينوي ولو قال اردت الرجال خاصة صدق ديانة خاصة اما تصديقه ديانة فلان
لفظ مملوك وضع عاما عدم تصديقه قضاء فلانه عند الاختلاط يستعمل لفظ المذكر عرفا ولو نوى
الاناث لم يعتق شيء ولو قال لم انو المدبرين لم يصدق في القضاء على رواية كتاب العتاق ولم يصدق

لا قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الأيمان ففيه روايتان ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك
غير ثابت يداً ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة فكان المكاتب مملوكا من وجه دون وجه
بخلاف أم الولد والمدبر فاختلت الاضافة فلا بد من النية وقوله ومن قال لنسوة له هذه طالق او
هذه وهذه عليها ما ذكر في الكتاب ظاهر وقوله فيختص بمحله اي بمحل الحكم وهو المطلقة لان الكلام
سيق لايقاع الطلاق واعترض بان العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح ايضا على من لم
يقع عليه الحكم لان الاصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم كما في قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا
وفلانا فانه اذا كلم الاول حنث واذا كلم احد الاخيرين لم يحنث حتى يكلمهما ويكون الثالث معطوفا على
الثاني الذي لم يقع عليه منفردا وهذا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كأنه قال هذه طالق
او هاتان فيخير كما هو مخير في الطلاق والعتاق ان شاء اوقع على الاولى وان شاء اوقع على الاخريين
واجيب بان هذا الذي هو رواية ابن سماعة عن محمد فاما الذي ذكر في الكتاب فهو ظاهر الرواية
~~في الطلاق والعتاق ان شاء اوقع على الاولى وان شاء اوقع على الاخريين واجيب بان هذا الذي~~
~~ذكره هو رواية ابن سماعة عن محمد فاما الذي ذكره في الكتاب فهو~~ ظاهر الرواية والفرق بين جواب
ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا في ان الثالث معطوف
على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم وهي مسألة الجامع هو ان كلمة او اذا دخلت بين شيئين تناول
احدهما نكرة الا ان في الطلاق والعتاق الموضع موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص
فيتناول احدهما فاذا عطف الثالث على احدهما صار كأنه قال احدكما طالق وهذه ولو نص على هذا كان
الحكم ما قلنا اما في مسألة الجامع فالموضع موضع النفي وهي فيه تعم كما في قوله تعالى ولا تطع منهم
آثما او كفورا فصار كأنه قال والله لا اكلم فلانا ولا فلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال
ولا هذين ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغيره

يريد بغيره الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات في الأيمان كثيرة الوقوع بالنسبة الى ما تقدم اولى
بما بعد الباب فلذلك قدمه قال في النهاية ثم الضابط في هذه التصرفات في الايمان كثيرة الوقوع
~~الضابط في هذه التصرفات~~ لاصحابنا رحمهم الله فيما يحنث بفعل المأمور وفيما لا يحنث شيئان احدهما
ان كل فعل يرجع الحقوق فيه الى المباشر فالحالف لا يحنث بمباشرة المأمور وكل فعل يرجع فيه الى
الحقوق الى من وقع حكم الفعل له يحنث والثاني ان كل فعل لا يحتمل ذلك يحنث وقيل كل ما يستغني المأمور
في مباشرته عن اضافته الى الآمر فالآمر لا يحنث بمباشرة المأمور وكل ما لا يستغني عن هذه الاضافة
يحنث والفقه في ذلك ان العقد متى رجعت حقوقه الى من وقع حكم العقد له فمقصود الحالف من
الحلف التوقي عن حكم العقد وعن حقوقه وكلاهما يرجعان اليه ومتى رجعت حقوقه الى العاقد
لا الى من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقي عن رجوع الحقوق اليه وهي لا ترجع اليه
فلا يحنث ثم ما يحنث الحالف بمباشرة المأمور النكاح والخلع عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة

والصدقة

والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والايداع وقبول الوديعة والاعارة
والاستعارة وخياطة الثوب والبناء فان الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث ايضا بفعل المأمور
واما لا يحنث الحالف بمباشرة المأمور فنحو البيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح عن
المال وكذلك القسمة وغير ذلك من المسائل من الحقوق المخصوصة بهذا الشيء واذا عرفت هذا ظهر معنى كلامه
الا الفاظ ننبه عليها قوله الا ان ينوي استثناء متصل بقوله لم يحنث اي بكل من فعل ذلك لم يحنث اي الا ان
ينوي ان لا يأمر غيره ايضا فحينئذ يحنث وقوله او يكون الحالف ذا سلطان يعني اذا باشر المأمور
حنث لان مقصوده من اليمين منع نفسه عما يعتاده ومعتاده الامر بالعزل لا امر غيره وفعل
المأمور حنث ومع ذلك لو فعل بنفسه حنث ايضا لوجود البيع منه حقيقة وقوله لان المالك
له ولاية ضرب عبده يلوح الى انه لو حلف على ضرب حر فامر غيره بذلك فضربه المأمور لم يحنث لانه
لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره فيه وقوله وخص الزوج ذو الزوج الموعود بقوله سنشير وحاصله
انه اذا نوى الخصوص في العموم يصدق ديانة لا قضاء لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه واذا نوى
الحقيقة المستعملة صدق ديانة وقضاء وان كان في ذلك تخفيف عليه لان الكلام يصرف الى الحقيقة
بغير نية فاذا وجد النية كان الصرف اليها اولى وقوله لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه اي الى الولد
وذكر ضمير المنفعة نظرا الى الخبر وهو التأدب والتثقف وقوله ومن قال ان بعت لك هذا الثوب على
ما ذكر في الكتاب واضح وحاصل ذلك ان اللام للاختصاص اذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد فاما ان
يتوسط بين الفعل ومفعوله او يتأخر عن المفعول وعلى التقديرين فاما ان يحتمل الفعل النيابة او لا
فان احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل وشرط حنثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير
سواء كانت العين مملوكة له او لم تكن وذلك انما يكون بالامر وان تأخر عن المفعول كان لاختصاص
العين به وشرطه كونها مملوكة له ~~او لم تكن وذلك انما يكون بالامر وان تأخر عن المفعول كان~~ سواء كان
الفعل وقع لاجله بالامر او لا وان لم يحتملها لا يفترق الحكم في الوجهين اي في التوسط والتأخر بل يحنث اذا
فعله سواء كان بامره او بغير امره لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله الى غير الفاعل فيكون الا من
وعدمه سواء فتعين ان يكون اللام لاختصاص الملك صونا للكلام عن الالغاء ومعنى دس اليه خفي والمراد بالغلام
انما العبد كما ذكره في الجامع الصغير لقاضي خان واما الولد كما ذكره في الفوائد الظهيرية قوله هذا هو الصواب
لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا اضرب عبدي فامر غيره فضربه حنث لان المنفعة تعود اليه
وقد ذكر المصنف قبل هذا ومن الشارحين من وجه هذا الاول بان المراد بالوكالة النيابة وكالته
تعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل بالحقوق من العهدة عن الموكل وليس للضرب شيء من ذلك فكان كالاكل
والشرب واجاب عن المسألة المذكورة بانه يحتمل ان يذكرها وهو مخالف لما ذكره المصنف ومخطئ له فانه
ذكر انه لا حقوق له ترجع الى المأمور ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة قال ومن قال هذا العبد حر ان
بعته فمن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع
والملك فيه قائم لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق فينزل الجزاء قبل الوكالة البيع من غير
افادة الحكم كما في البيع الموقوف وما علق به لكان النكاح كذلك فان علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا
يجب ان ينزل الجزاء وليس كذلك واجيب بان حال البيع لسرعة البناء في حوان النكاح مع المنافي
لانه رق ولا انشائية فيه فان كان النكاح فاسدا اعتبر فيه ما يحكم الفقه الدليل لكان موجودا
والتعليق بالحل وان لم يعد الجزاء ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق ايضا
لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك له

عندهما وكذلك على اصله لان هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق بعد الشرط الخيار انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك اذا علق وورد بان في التنجيز لو لم ينفسخ الخيار لبطل التنجيز اصلا لعدم احتماله التعليق التاخير وفي التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق بعد مضي مدة الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال واجيب بان العتق حاصل في الحال فلا يتمكن المشتري بايقاعه في الحال لتنجيز الخيار فلا يؤخر الى مضي الخيار ويطلب ههنا ذكر الفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبينما في الخيار للبائع لانه قد اشتراه ولم يعتق عليه وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له فانه لا يعتق ما لم يسقط الخيار عند ابي حنيفة وفرق بين الاولين بان الخيار اذا كان للمشتري يتمكن من اسقاطه ومتى كان الخيار للبائع لا يتمكن من اسقاطه وبين الثانية بان يقدر في القريب لم يوجد منه كلمة الاعتاق بعد الشرى حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق عليه ما لم يسقط واما في الاخر المعلق فانه تصرف بلا عند وجود الشرط انت حر فيسقط الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ووضع المسئلة في البيع بشرط الخيار يفيدنا ان البيع اذا كان باتا لا يعتق ذاته وجعل البيع بناء على ان العلة في المعلق هي الوجود الخارجي فيما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك بخلاف ما فيه الشرط فانهما متعاقبان فيه ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامراته طالق فاعتق او دبر طلقت امراته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع وهذا في اعتاق العبد ظاهر واما في التدبير والامة فلا يكون بيانا لان المدبر يجوز بيعه والامة يجوز ان ترتد فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب وذلك لان الكلام في المدبر ما دام مدبرا واذا قضى القاضي بجواز بيعه ينفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحلية انما كان باعتبار بقاء التدبير والمدبر قد يبيعه ولا يفوت المحلية فكان الواجب ان لا يقع والاولى في البيان ان يقال بيع المدبر يجوز فالظاهر انه لا يبيعه فاستبقاه فالظاهر ان القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز ومع ذلك فالاصل عدم ما يحدث بعد فوات المحلية بناء على جواز القضاء ببيعه مخالفا للظاهر فيكون معتبر البيع واما الامة فاتبعت فيما من قال لا تطلق امراته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال والصحيح انها تطلق لان البيع باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير **وقوله** ولو قالت المراة لزوجها انا لي لانه تاد كلامه مخرج الجواب اي شيكه لان المطابق لقال ان فعلت فهي طالق فلما ذكر كلمة كل دل ان مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتديا **وقوله** وقد يكون عرضه احتياطا اعني قوله بان العرض ارضا هما والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

تقدم هذا الباب على باب اليمين في الذكر لان في هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيرها واما تأخير عما تقدم فكثرة وقوع ذلك ومسائل هذا الفصل على ثلاثة اوجه في وجه يلزمه الماشي حجة او عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شي كذلك وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الاول فيما اذا قال علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة وفي رواية المولا او الى بكة سواء كان في الكعبة او في مكة او لم يكن لزمه حجة او عمرة ماشيا فان لم يكن بمكة فظاهر وان كان بها واختار الحج احرم من الحرم وخرج

الى عرفات ماشيا فان ركب لزمه شاة وان اختار العمرة خرج الى التنعيم واحرم بالعمرة فلم يذكر محمد انه يخرج الى التنعيم ماشيا او راكبا وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجاز له ان يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه لا حرم فكان مشيا الى بيت الله والقياس ان لا يلزمه بهذا النذر شي لانه التزم ما ليس بقربة واجبة لان المشي لغيره مباح ولا مقصودة في الاصل يعني لذاته لانه المقصود منه شي آخر لا نفسه فكان القياس ان يكون النذر به باطلا لكن تركناه بالاثر والعرف اما الاثر فما قال محمد رحمه الله في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج راكبا وذبح شاة لركوبه كذا في بعض الشروح وليس مطابقا لما نحن فيه لجواز ان يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال آخرون روي عن علي رضي الله عنه انه اجاب في هذه المسئلة بان عليه حجة او عمرة وهذا مطابق وقد روي رحمه الله في شرحه ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى بيت الله فامرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تحرم بحجة او عمرة واما العرف فما ذكره في الكتاب ان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ماشيا وان ركب واراق دما فلا ذلك على ما ذكر في المناسك وايجاب الحج والعمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب وارادة المسبب ولهذا لم يفرق بين ان يكون الناذر في الكعبة او في غيرها فانه قيل اذا كان بهذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر ان يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي ان لا يلزمه المشي في طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه وانما يجب اهداء الثوب الى مكة لكون اللفظ عبارة عنه اجيب بان الحج ماشيا فضيلة ليست له راكبا قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال الواحدة بسبعمائة فاعتبر لفظه لايجاب المشي احرازا لتلك الفضيلة ومعناه في ايجاب الحج والعمرة اجماعهم على ذلك المتعارف وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز والاولى ان يقال هذه اللفظة في العرف يستعمل للحج او العمرة ماشيا لان الحقيقة مرادة بلفظه ومجازه بمعناه واما الوجه الثاني ففيما اذا قال علي الخروج او الذهاب او السعي او السفر او الركوب او الاتيان الى بيت الله او المشي الى الصفا والمروة لم يلزمه شي لعدم الاثر والعرف فيه فكان باقيا على القياس واما الوجه الثالث ففيما اذا قال علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة رحمه الله لا شي عليه كما لو قال عليه المشي الى الصفا والمروة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه حجة او عمرة لان الحرم شامل البيت وكذلك المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن قال لعبده ان لم احج العام فانت حر **وقوله** لانه لا يميز نفي ونفي يتيسر او يتعرض بمسئلة السير الكبير رجل شهدوا على رجل انا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امراته والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وان قامت على النفي لانها قامت على نفي شي احاط علم الشاهد به واجاب الامام قاضي خان بان هذه الشهادة شهادة قامت على امر وجودي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ولكن قال الامام العلامة في التحقيق شمس الائمة وفخر الاسلام اذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لان قولهما هذا بيان منهما لاحاطة علمهما بذلك فكان التميز بين نفي ونفي معتبرا ولكنه ليس مختار المصنف لافضائه الى الحرج **وقوله** ومن حلف لا يصوم ظاهر **وقوله** لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا

ليس بمشي الى بيت الله وانما المشي الى الموقف ... الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح ايضا لان الرواح اليه اصح

الى عرفات

أو ردّ عليه ماله قال والله لا أصوم من هذا اليوم وكان ذلك بعدما أكل أو شرب أو بعد الزوال صحّ يمينه بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي بأن الصوم الشرعي بعد الأكل والشرب أو بعد الزوال غير متصوّر والجواب أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعي وهي كون اليمين بعد الأكل وبعد الشرب أو بعد الزوال فانصرف إلى الصوم اللغوي وانعقدت يمينه عليه بخلاف ما نحن فيه فإنه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فينصرف إليه **قوله** ولو حلف لا يصلّي ظاهر **وقوله** لا يحنث ما لم يصلّ ركعتين قيل عليه ينبغي أن لا يحنث بمجرد الإتيان بالركعتين ما لم يأت بالقعدة لأن الصلاة لا تكون معتبرة بدون القعدة شرعًا وليس بشيء لأن الركعتين عبارة عن صلاة تامّة وتمامها شرعًا إنما يكون بالقعدة أشار إلى ذلك تعليله بقوله لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعًا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المآب

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدّم لبس الثياب والحلي ونحوهما على اليمين في الضرب والقتل إمّا لأن اليمين بلبس الثياب أكثر وجودًا منه وإمّا لأن اليمين به مشروع وجودًا وعدمًا بخلاف الضرب والقتل ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك فهو هدي أي صدقة أتصدّق به على فقراء مكة وكلامه واضح **وقوله** والمعتاد هو المراد يعني فصار كأنه قال إن لبست من قطن ملكته وذلك أي سبب الغزل من قطن الزوج سبب ملك الزوج لما غزلته **وقوله** ولهذا إيضاح لقوله وذلك سبب لملكه يعني أنها إذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك سببًا لأن يملك الزوج غزلها مع أن القطن ليس بمملوك هناك وما ذاك إلا باعتبار أن غزل المرأة سبب لملك الزوج لما غزلته في العرف والعرف لا يفرق بين أن يكون القطن مملوكًا وقت الحلف أو لم يكن **وقوله** ومن حلف لا يلبس حليًا بفتح الحاء وسكون اللام وهو ما تتحلّى به النساء من ذهب أو فضة أو جوهر واستدل بإباحة التختّم به للرجال على أن الخاتم من فضة ليس بحلي لأنه لو كان حليًا لحرم على الرجال لأن التزيّن بالذهب والفضة حرام على الرجال ولما كان التختم بالفضة لهم لبعض الختم له أو لغرض لم يكن حليًا أو كان ناقصًا في كونه حليًا فكان مباحًا وإن كان من ذهب حنث يعني كيف ما كان يعني سواء كان فيه فصّ أو لم يكن قيل الخواتيم لأنه الذهب مطلقًا والفضة مفصوصة والحالف أن لا يلبس حليًا يحنث بلبسهما والفضة لغير المفصوصة ولا يحنث بلبسه **وقوله** ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصّع ظاهر والعقد بالكسر هو القلادة والترصيع التركيب يقال تاج مرصّع بالجواهر **وقوله** حتى سمّي به في القرآن أي الحلي يريد به قوله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وقوله تعالى يحلّون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤًا جعل اللؤلؤ حليًا لقوله يحلّون **وقوله** ومن حلف لا ينام على فراش بعينه بدليل قوله وإن جعل فوقه فراشًا آخر فنام عليه لا يحنث فإنه لو كان على حقيقته منكرًا يحنث في هذه الصورة أيضًا لأنه نام على فراش **وقوله** لأنه تبع له فلا يعتبر بالأعلى الحالة لو نزع ثوبه وطرحه على الأرض وجلس عليه لم يحنث لأنه حينئذ لم يبق ثوبه تبعًا له فصار بمنزلة البساط والحصير **وقوله** ولو حلف لا يجلس على سرير ظاهر مما تقدّم والله أعلم

باب اليمين في القتل والضرب وغيره

يؤيدها الغسل والكسوة وقد تقدّم وجه ذكر المناسبة في الباب المتقدّم ومن قال إن ضربتك فعبدي حرّ فمات فضربه فهو على الحياة لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتّصل بالبدن وهو لا يتحقّق في الميت لعدم الإيلام فيه ونوقض بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثًا فاضرب به ولا تحنث فقد برّ أيوب عليه السلام في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد الإيلام لأن الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان أو حشيش فلم يكن بمجموعه إيلام فكيف لأجزائه وأجيب بأنه جاز أن يكون هذا الحكم ثابتًا بالنصّ في حقّ أيوب عليه السلام خاصّة إكرامًا له في حقّ امرأته تخفيفًا عليها لعدم جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا إذا لم يكن لأجزاء الضغث إيلام على ما ذكر من تفسير الضغث وروي عن ابن عباس رضي الله عنه أن الضغث عبارة عن قبضة من الشجر فجاز أن تصيبه الأجزاء وكان حكمه باقيًا في شريعتنا أيضًا وتمام الكلام فيه في الكشّاف وذكر في شرح الطحاوي ومن حلف ليضربنّ فلانًا مائة سوط فضربه مرّة واحدة إن وصل إليه كلّ سوط بحياله برّ في يمينه وإلا فلا لأن الإيلام شرط فيه لأن المقصود من الضرب الإيلام **وقوله** ومن يعذّب في القبر جواب عمّا يقال قولكم الإيلام لا يتحقّق في الميت يشكل بعذاب الميت في القبر وقيّد بقوله العامّة احترازًا عن قول أبي الحسين الصالحي أن الميت يعذّب من غير حياة ولا تشترط الحياة لتعذيب الميت **وقوله** كذلك الكسوة يعني إن قال إن كسوتك فعبدي حرّ فكساه بعد الموت لا يحنث **وقوله** لأنه يراد به أي بالكسوة عند الإطلاق التمليك ومنه الكسوة في الكفّارة وهو من الميت لا يتحقّق إلا أن ينوي به أي بالكسوة الستر فيحنث لأن فيه تشديدًا عليه **وقوله** وقيل بالفارسية ينصرف إلى اللبس دون التمليك وهو قول الفقيه أبي الليث ومعناه أنه يحنث لأنه إذا حلف لا يلبس فلانًا فألبسه وهو ميت حنث لأن الإلباس عبارة عن الستر كالتغطية والستر محلّه ذلك **وقوله** وكذا الكلام والدخول يعني إذا حلف لا يكلّم فلانًا أو حلف لا يدخل على فلان فكلّمه أو دخل عليه بعدما مات لا يحنث في يمينه لأن المقصود من الكلام الإفهام والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو فإن قيل قد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كلّم أصحاب القليب حتى سأله عمر فقال لهم هل وجدتم ما وعد ربّكم حقًا فقد وجدت ما وعدني ربّي حقًا أجيب بأن ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم **وقوله** ويتحقّق ذلك يعني التطهير في الميت ألا ترى أن من صلّى وهو حامل ميتًا مسلمًا لم يغسل لا يجوز وإن كان مغسولًا جاز ومن حلف لا يضرب امرأته فمدّ شعرها أو خنقها أو عضّها حنث لأنه اسم لفعل مؤلم يتّصل بالبدن وقد تحقّق الإيلام في هذه الأفعال وقيل لا يحنث في حال الملاعبة وإن أوجعها والممازحة لأنه يسمّى في العرف ممازحة لا ضربًا وهو منقول عن الإمام فخر الإسلام **وقوله** ومن قال إن لم أقتل فلانًا ظاهر **وقوله** هو الصحيح احترازًا عمّا ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف وقال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق حنث بالاتفاق وروي عن أبي حنيفة رحمه الله في رواية أخرى أنه لا يحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر وهو الصحيح لأنه عقد اليمين على شرب الماء الموجود في الكوز والله

تعالى وان احدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذي كان موجودا في الكوز وقت اليمين لان الماء الذي اضيف اليه الشرب لا يحتمل الوجود والحادث غيره بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا احياه الله تعالى فهو فلان كقوله تعالى فاماته الله مائة عام ثم بعثه فكان ما عقد عليه اليمين متوهما والعادي منسوب الى العادة كالارادي منسوب الى الارادة فان تاء التانيث تحذف في النسبة والله اعلم

باب اليمين في تقاضي الدراهم

لما كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد في المعاملات دون غيرها اخر اليمين التي يتعلق بها وخص الدراهم بالذكر لكونها اكثر استعمالا ولقب الباب بالتقاضي والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعدد لان التقاضي سبب للقضاء والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه هذا ما قاله الشارحون واقول جميع ما ذكر في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي على ما صرح بذكره عند راس كل مسئلة والاصل في هذا الباب ان الديون تقضى بامثالها وان الحنث لا يقدم الحنث وان ما دون الشهر قريب وما فوقه بعيد قال ومن حلف ليقضين دينه يتقاضى الرجل دينه الخ وحلف غريمه ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لما ذكره في الكتاب وجعل الشهر بعيدا لانه في العرف يعد بعيدا وان زاد في التقاضي حلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة بر في يمينه لما ذكره في الكتاب والزيف ما يرده بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار وشيئا في كتاب البيوع وقوله فوجد ظرفا يعني قضاه دينه في اليوم وقبض المستحقة صحيح الا ترى انه لو اشترى بها شيئا فاخذها المستحق بقي البيع صحيحا ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن بالجنس ولا يرتفع بردها اي برد ما قبض من الزيوف والنبهرجة او المستحقة البر المتحقق لان اليمين لما انحلت بوجود الشرط يقبل الفسخ والانتقاض كالكتابة فان مولى المكاتب اذا رد البدل لكونه زيفا او نبهرجة او استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق بخلاف قضاء الدين فانه ينتقض برد المقبوض لعيبه واستحقاقه لان مبناه المقاصة وقد زالت **وقوله** وان وجدها رصاصا ظاهر **وقوله** لانه قضاء الدين طريقه المقاصة بيانه ان ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله اي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا وقد تحققت بمجرد البيع لان ثمن العبد اخر الدينين فيكون قضاء عن الاول وانما كان طريق قضاء الدين المقاصة لان قضاء الدين حقيقة لا يتصور لان القضاء تمام دين الغير وحق صاحب الدين في وصف في الذمة ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها **وقوله** فكان شرط القبض كانه اشارة الى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير وقبضه ووجهه ان اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لان ما له من الدين عليه مقرر وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لانه على شرف السقوط بعوده فاذا قبضه صار متقررا فيكون مثله فيتقاصان وقوله وان وهب الدائن دينه للمديون لم يبر الحالف لعدم المقاصة لان الحلوف عليه فعله وهو القضاء والهبة ليست فعله لانها اسقاط من صاحب الدين وانما قال لم يبر لانه اعم من الحنث فكانه اشار بذلك الى انه لم يبر ولم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لفوات الحلوف عليه وهو الدين وفوات

الحلوف

المحلوف عليه عندهما جهة في بطلان اليمين كما في مسئلة الكوز على ما تقدم قال بعض الشارحين ولنا فيه نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين وهو فاسد لان البر نقيض الحنث فمن وجد احدهما يلزم ارتفاع الاخر ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الاخر فلا يجوز ان يرتفعا جميعا واقول النقيضان على اصطلاح اهل المعقول وغير الحالف لا يتصف باحدهما وشان النقيضين ليس كذلك فاذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس فيجوز ان لا يتصف بواحد منهما واذا تقاضى دينه فقال لا اقبضها محا الحالف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض الجميع متفرقا لان شرط الحنث امر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه وهو اسم للكل كما له عليه فينصرف اليه والمركب ينتفي بانتفاء جزئه فاذا وجد احدهما دون الاخر لم يحنث وههنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع **وقوله** فان قبض دينه ظاهر ومن تقاضى من غريمه مائتين فقال الا املك ذلك المقدار فلم يصدقه فقال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق ولم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لما ذكره في الكتاب **وقوله** ولان استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلذلك لا يحنث والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

مسائل متفرقة

اي هذه المسائل التي اذكرها مسائل متفرقة ومن داب المصنفين ذكر ما شذ من الابواب في آخر الكتاب واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا اليمين على فعل الشيء او تركه لا يخلو اما ان يكون موقتة بوقت كيوم او شهر او مطلقة فان كان الثاني وهو المذكور في الكتاب فان كان على الترك تركه اصلا وان كان على الفعل بر بفعله مرة على اي وجه كان ناسيا او عامدا مختارا او مكرها او بطريق التوكيل لان الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكل على الجزء وهو منكر لعدم الحاجة الى التعريف والنكرة في سياق النفي تعم فيوجب عموم الامتناع وفي الاثبات تخص فاذا فعله في صورة النفي مرة حنث وان فعله في صورة الاثبات مرة بر وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموت الحالف او بفوت محل الفعل وان كان الاول ولم يذكره في الكتاب فانه لا يحنث فيه قبل مضي الوقت وان وقع الياس بموته او يفوت المحل لان الوقت مانع من الانحلال اذ لو انحل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فائدة واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر اي مفسد خبيث من الدعارة وهي الخبث والفساد دخل البلد فان كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة وليس يلزمه الاعلام حال دخوله وانما يلزمه ان لا يؤخر الاعلام الى ما بعد موت الوالي او عزله على ظاهر الرواية لان المقصود منه اي من الاعلام دفع شره بزجر الداعر او شر غيره بزجره فان الوالي اذا زجره وادبه لدعارته ينزجر غيره من الدعارة لو كانت في صدره وبنيته وهذا المقصود انما يتحقق اذا كان الوالي قادرا على تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة وكذا بالعزل في ظاهر الرواية وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الاعلام على الحالف بعد عزل المستحلف ايضا لانه معتمد في الجملة **وقوله** ومن حلف ان يهب عبده الخ ذكره في الكتاب واضح واختلف اصحابنا في ثبوت الملك قبل القبول فمنهم من قال بثبوته الا انه بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة ومنهم من قال بعدمه لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر فتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث

لانه اسم لما لا ساق له ولها ساق قيل هذا التفسير الامام فخر الاسلام وقاله الصدر الشهيد والمصنف
وفيه نظر لانه لم يثبت في قول ابن اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا وجوابه ان معنى قوله اسم لما
لا ساق له انه لساقه رائحة طيبة كما الورقه واصطلح عليه الفقهاء ولم يثبت في اللغة على ان تعنيه في
اللغة موقوف على الاستقراء التام في اوضاع اللغة وهو متعذر وقيل في الضابط بين الورد
والريحان ان ما ينبت من بزره مما لا ساق له ولعينه رائحة مستلذة فهو ريحان وما ينبت من الشجر
ولورقه رائحة مستلذة فهو ورد ومن حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث اعتبارا للعرف
ولهذا يسمى بايعه بايع البنفسج والمشتري يبني عليها اي على البيع وهذا في عرف اهل الكوفة وقيل في عرفنا يقع
على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه اي الورد حقيقة فيه اي في الورق والورد
معرفة اي لوقوع اليمين على الحقيقة يعني ان اسم الورد على الورق حقيقة وفي العرف ايضا يفهم
منه ذلك فكان العرف مقررا للوقوع على الحقيقة وفي البنفسج قاض عليه اي غالب راجح يعني ان اسم
البنفسج يقع على البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعي على دهنه ولكن العرف غير تلك الحقيقة من
عينه الى دهنه فكان العرف غالبا ورافعا في اسم البنفسج على حقيقته والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الحدود

لما فرغ من ذكر الايمان وكفاراتها الدائرة بين العبادة والعقوبة اورد عقبها العقوبات المحضة
ومحاسن الحدود كثيرة لما انها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والاعراض والاموال
سالمة عن الابتذال واما سببها فسبب كل منها ما اضيف اليه كحد الزنا وحد القذف وغيرها واما تفسيره
لغة وشريعة والمقصد الاصلي من شرعه وهو الحكم فقد ذكره في الكتاب **وقوله** الانزجار عما يتضرر
به العباد يريد به افساد الفراش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض والاموال وكلامه يشير الى ان
الحدود تشتمل على مقصد اصلي يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد وغير
اصلي وهو الطهرة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة
الى الناس كافة ولهذا شرع في حق الكافر الذمي ولا يطهر عن ذنبه باجراء الحد عليه قال الزنا يثبت
بالبينة والاقرار الزنا يمد ويقصر فالقصر لغة اهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل
نجد قال الفرزدق

ابا حاضر من يزن يعرف زناؤه ● ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا ●

يخاطب رجلا يكنى ابا حاضر والخرطوم الخمر والمسكر بفتح الكاف المخمور وتفسيره في الشرع وطء المكلف شهوة
في قبل المراة خالية عن الملك وشبهته وشبهة الاشتباه وتمكين المراة عن ذلك واختير لفظ القضاء
اشارة الى ان مجرد الايلاج زنا ولهذا يثبت به الغسل والمكلف ليخرج الصبي والمجنون والمراد بالملك ملك
النكاح وملك اليمين وشبهة ملك النكاح ما اذا وطئ امراة يزوجها بغير شهود او بغير اذن مولاها وما
اشبهه وشبهة ملك اليمين ما اذا وطئ جارية ابنه او مكاتبه او عبده الماذون المديون وشبهة الاشتباه
ما اذا وطئ جارية ابيه على ظن انها تحل له والزنا يثبت بالبينة والاقرار قال المصنف والمراد به عند

الامام وانما قال كذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما ويتحقق في الخارج وان لم يكن هناك
لا بينة ولا اقرار وانما الخصر في ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لانه ليس بحجة في هذا الباب وكذلك
سائر الحدود الخالصة لقوله فان لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون **وقوله** معرج ومصرح
والمصرح ضرر ظاهر على البدن والمعرج ضرر يتصل بسكنه ويسري الى باطنه من لحوق العار بانتسابه الى
الزنا **وقوله** فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود ظاهر **وقوله** ولان في اشتراط الاربعة تحقيق
معنى الستر احتراز عمن يقول ان اشتراط الاربع لان الزنا لا يتم الا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت
الا بشهادة شاهدين فانه ضعيف لان فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت
به فعل الاثنين وانما الصواب ان الله تعالى احب الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا
لمعنى الستر **وقوله** وهو اي الستر مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم من اصاب منكم من هذه
القاذورات شيئا فليستتر بستر الله وقال من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة والاشاعة ضده
اي ضد الستر فكان وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لا محالة ثم لما كان الستر امرا مندوبا
اليه كانت الاشاعة امرا مذموما واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو احترازا عن الغلط
في الماهية وكيف هو احترازا عن الغلط في الكيفية واين زنا احترازا عنه في المكان ومتى زنا
احترازا عنه في الزمان وعن المزنية احترازا عنه في المفعول به ويدل على وجوب السؤال عن
هذه الاشياء النقل والعقل اما الاول فما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل ماعزا الى
ان ذكر الكاف والنون يعني كلمة نكت لكونه صريحا في الباب والثاني في كنايته واما العقل فلان
الاحتياط في ذلك واجب لانه قد كان الفعل في غير الفرج عناه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته
موجودة او زنى في دار الحرب وهو لا يوجب الحد او في المتقادم من الزمان وذلك يسقط الحد او
كانت له في المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء
فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطئها في فرجها فالماهية فالمزني بها كالميل في المكحلة تبين بيان
كيفيته وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا
للدرء لان النبي صلى الله عليه وسلم امر بذلك قال ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق
عند ابي حنيفة رحمه الله حيث اكتفى به بظاهر العدالة وهو المسلم تعديل السر والعلانية يأتي في
الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر
به بعد ذلك والاوجه الى اخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما بني على الدرء
فقيل الاحتياط في الحبس اظهر اجيب بان حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة والفرق بينه وبين المديون ستاتي ان شاء الله تعالى **قال**
والاقرار ان يقر البالغ العاقل البالغ صورة المسئلة ظاهرة على ما ذكره **وقوله** اعتبارا بسائر الحقوق
يعني في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك ههنا **وقوله** بخلاف زيادة العدد في
الشهادة يعني انها تعتد زيادة في طمانينة القلب وتكرار الكلام ليس كذلك ولنا حديث ماعز رضي الله عنه
فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني زنيت فطهرني فاعرض عنه فجاء الى الجانب الاخر وقال مثل ذلك
فاعرض عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما
كان في المرة الرابعة قال صلى الله عليه وسلم الان اقررت اربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها
لعلك باشرتها قال لا قال اتعرف بصريح الزنا فقال لابيك جنون قال ثم في رواية بعث الى اهله فسألهم هل ينكرون
من عقله شيئا فقالوا لا فسألهم عن احصانه فاخبر انه محصن فامر برجمه وعن ابي بريدة رضي الله عنه قال كنا

يتحدث في اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم
يرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه
رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا يدل على ان هذا الحكم كان متعارفا فيما بينهم ووجه تمسك الحديث
ماعز اشار اليه بقوله فانه اخر الاقامة وبيانه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخر اقامة الحد الى ان تم اقراره اربع مرات فلو كان الاقرار مرة واحدة
كافيا لم يوخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجبة وتاخير الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم
فان قال قائل لو لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر واذا
وجب المهر لا يجب الحد من بعد لان العقر والحد لا يجتمعان في وطء واحد اجيب بان الاقرار اربع مرات
لما اعتبر حجة لاثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وانما الحكم موقوف فان تمت الحجة
وجب الحد وان لم يتم وجب المهر فان قيل انما اعرض النبي صلى الله عليه وسلم لانه اتهمه في عقله
فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون اجيب بانه لما اصر على الاقرار دل على صحة العقل وقوله بعد ذلك ثم [illegible]
الشبهة بالسؤال فقال لعلك قبلت او لمست [illegible] الحد بما يدرء [illegible] لعله [illegible] ليرجع عن الزنا
الى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه وكما قال للسارق اسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما
روي ان ابا بكر رضي الله عنه قال لماعز لما اقر ثلثا ان اقررت الرابعة رجمك فثبت ان هذا العدد
كان ظاهرا عندهم **وقوله** ولان الشهادة فيه [illegible] يتضمن الخطاب معنى اعتبار بسائر الحقوق وتقريره
ان سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه اربعة ونصابها هيهنا ذلك فلما كانت احدى الحجتين مختصة
بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الاخرى اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد
من اختلاف المجالس لما روينا انه صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة
مجالس ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده اي عند الاتحاد يتحقق شبهة الاتحاد
في الاقرار الا ترى انها جاءت في حديث ماعز بين اقراره خمس مرات فكان منها مرتان في جهة واحدة فلم يعتبر
ذلك كله [illegible] احد من المجتهدين والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه في دفع الحد وفي بعض النسخ
فيعتبر اختلاف مجلسه اي في وجوب الحد وقيل يعتبر مجلس القاضي ورده المصنف بقوله دون مجلس القاضي
وقوله والاختلاف بان يرده القاضي ظاهر **وقوله** لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار ذكر فيه
ان التقادم في الشهادة مانع لتهمة الحقد وهي غير موجودة في الاقرار وسياتي بيان التقادم في باب
الشهود عليه وكذا لا يبطل بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فيه فيعتبر احدهما بالاخرى وصار كالقصاص
وحد القذف لا يقبل فيهما الرجوع بعد الثبوت بالاقرار **وقوله** فيتحقق الشبهة في الاقرار يعني بالتعارض
الواقع بين الخبرين المحتملين الصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما **وقوله** وهذا قريب من الاول في
المعنى اي قوله لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مستشهدا في المعنى من حيث
ان كل واحد منهما ملقن للرجوع لما انه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد

فصل في كيفية الحد واقامته

ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فاخره ذكرا وكلامه واضح

وقوله

وقوله وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم اي على وجوب الرجم اذا كان الزاني محصنا وذهب الخوارج
الى ان الحد في الزنا الجلد ليس الا لانهم لا يقبلون اخبار الآحاد وذلك خرق منهم للاجماع على ان
حديث ماعز مشهور تلقته الائمة في الصدر الاول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جائز **قوله**
فان امتنع الشهود قال في الايضاح فلو امتنع الشهود او بعضهم او كانوا غيبا او ماتوا او مات
بعضهم او عمي بعضهم او خرس او جن او ارتد او قذف فحد لم يرجم المشهود عليه في قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله تعالى واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وروي عنه انهم اذا امتنعوا
وغابوا رجم الامام ثم الناس وكذا في الذخيرة ايضا تعليل هذا ما قدمه بظاهر الرواية بان في الامتناع
الشهود عن الرجم [illegible] الحضور [illegible] وليس يختص بتركه وكذا اذا ماتوا او غابوا واذا سقط بامتناع
احدهم فلا يحد الشهود ولا ذكر في المبسوط انه لا يقام الحد على الشهود فانما امتنع بعضهم من
مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا واعلم ان ظاهر الرواية يفضي الى
اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتامل والغامدية امراة من غامد حي من الازد وفي
حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له **وقوله** الا انه انتسخ في حق المحصن بيانه
ان قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الآية عام في المحصن وغيره الا انه انتسخ في حق المحصن
باية اخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها روى ابن عباس رضي الله عنهما ان عمر بن الخطاب خطب فقال
ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه آية الرجم
فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب ورجمنا من بعده
واني خشيت ان طال بالناس الزمان ان يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة
انزلها الله عز وجل فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة او كان
حمل او اعتراف وايم الله لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها يريد به الشيخ والشيخة اذا زنيا
فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم وكانت خطبته هذه بمحضرة الصحابة ولم ينكر عليه
احد وكانت هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا في حق المحصن وان نسخت تلاوتها صرفا
عن القلوب بحكمة يعلمها الله **وقوله** بسوط لا ثمرة له قال في الصحاح ثمرة السياط عقد اطرافها
وعنه يامر الامام ان يضربه ضربتين وهذا اصح لما روي ان عليا رضي الله عنه جلد الوليد بسوط
له طرفان وفي رواية له ذنبان اربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين والاول هو المشهور في
الكتب والمبرح ماخوذ من برح الخفاء بها اي ظهر به الامر برحا اي غلظ عليه واشتد والمذاكير
جمع الذكر الذي هو العضو وهو جمع على خلاف القياس كانهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي
هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو وانما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قرينه وهو الوجه
لانه اراد به ذلك العضو المعين وما حوله لقولهم شابت مفارقه وراسه كذا في الصحاح
وقوله ومن دعاة الكفرة الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض اي كان يدعو الناس اليهم **وقوله**
لانه زيادة على المستحق قال الا ان يعجزهم عن الضرب قائما فلا باس حينئذ ان يشدوا بسارية ونحوها
قال واذا كان عبدا او امة [illegible] جلده الامام خمسين جلدة لقوله تعالى
فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ودخل تحت حكمها
العبيد وهو خلاف المعهود لان المعهود ان يدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية وكان هذا
الاسلوب والله اعلم بناء على ان اسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه غالبة كما تقدم كما في قوله تعالى
الزانية والزاني ثم العذاب المذكور في الآية الجلد دون الرجم لانه لا يتنصف **وقوله** لان الجنابة

عن زنا فإن النعم أفحش مثله قوله تعالى يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب
ضعفين لما روينا يعني من حديث علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا الثندوة
بفتح الأول والواو وبالضم والهمزة مكان الواو والدال في الحالتين مضمومة تذكير الرجال كالثديين للمرأة
إنما هي بسكون الميم منسوبة إلى جماد بطن من اليمن حي من العرب **وقوله** لما روينا يعني من حديث الغامدية
حيث حفر لها إلى الثندوة **وقوله** والربط والإمساك غير مشروع يعني إلا أنه يحزم كما ذكرناه **وقوله** ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم أربع إلى الولاة وذكر منها الحدود رواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير رضي
الله عنهم والثلاثة الباقية الصدقات والجمعات والفيء **وقوله** ولأن الحد حق الله مشروع
متعلق به نفع العالم على الإطلاق والتنكير لبيتنا ولنا ما لنا وما علينا وقوله على الإطلاق لإخراج حق العبد
فإنه مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلا فإنها حق العبد لتعلق صيانة ماله
بها فلهذا يباح بإباحة المالك ولا يباح الزنى بإباحة المرأة ولا بإباحة أهلها وتمام التقرير فيه مذكور في
التقرير **وقوله** وإحصان الرجم إنما قيد الإحصان بالرجم احترازا عن إحصان القذف فإنه غير هذا
على ما يجيء إن شاء الله تعالى إحصان الرجم مشروط بسبع شرائط أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج
امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الإحصان هذا على قول المتقدمين وأما المتأخرون فعدوا
كالواو شرائط الإحصان على الخصوص منها ستة الإسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله
وهذا الشرط الثاني مركب من ثلاث من ذلك وأما العقل والبلوغ فشرط لأهلية العقوبة لعدم الخطاب
بدونهما وأما الحرية فشرط لتكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة والمصنف رحمه الله تعالى وافق المتأخرين
فجعل العقل والبلوغ شرطا لأهلية العقوبة وجعل الباقية شرطا لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة
لأن كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وتغلظه يستدعي أغلظ العقوبات فهذه الأشياء من جلائل النعم
فكفرانها يكون سببا لأفحش العقوبات وهو الرجم بالحجارة إلى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه
ولخص الشرائط على هذا العدد لأن الرجم بالزنا قد شرع عند اجتماعها فيناط بها والشرف والعلم
والجمال والحسب وإن كانت من جلائل النعم أيضا إلا أن الشرع لم يرد باعتبارها ونصب الشرع
بالرأي متعذر **وقوله** ولأن الحرية دليل على الاقتصار على تلك الشرائط يتضمن أن لها مدخلا
في الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح
لأن الحرية يتولى الحر نفسه ليس تحت ولاية أحد والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال لا محالة والدخول
به شبع بالحلال وكذا الإسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد لاعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا
والجناية عند توافر الزواجر أغلظ ولقائل أن يقول العلم بأحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من الفساد
آجلا والعقوبة أجلى من الزواجر لا محالة والجمال في المنكوحة ممتنع للزوج عن النظر إلى
غيرها والشرف ممنوع عن لحوق معرة الزنا وعقابه فكان الواجب أن يكون من شرائطه والجواب
أما المسلم الثاني فلأنها تخلو عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم ينضبطان به فلا
يكون معتبرا وأما وجه اشتراط كونهما على صفة الإحصان عند الدخول فسنذكره **وقوله** والشافعي رحمه
الله يخالفنا في اشتراط الإسلام وكذا أبو يوسف رحمه الله في رواية متمسكين بما روي مسندا
إلى ابن عمر رضي الله عنه أن اليهود جاءوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن رجلا منهم وامرأة
زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الزنا قالوا نفضحهم ويجلدان
فقال عبد الله بن سلام كذبتم إن فيها الرجم فأتوا بالتوراة فنشروها فجعل أحدهم يده على آية الرجم ثم
جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله بن سلام ارفع يدك فرفعها فإذا فيها آية الرجم فقال

صدق

صدق يا محمد فيها آية الرجم فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما قلنا ذلك كان بحكم التوراة ثم نسخ يؤيد ذلك ما
روي مجاهدا في كتبهم عن ابن عمر رضي الله عنهما من أشرك بالله فليس بمحصن **وقوله** والمعتبر في الدخول الإيلاج
في القبل على وجه يوجب الغسل لبيان ما يحصل به الإحصان من الجماع وفيه نظر لأنه بيان في ما تقدم
من قوله والإصابة بها أشبع بالحلال فإن الشبع بالحلال إفادة الشبع بالحلال إنما يكون بالإنزال دون الإيلاج
عرف ذلك في حديث رفاعة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك بالضمير
وقوله وشرط صفة الإحصان فيهما ظاهر وقيل كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة وأجيب
بأن صورته أن يكونا كافرين فأسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الإسلام عليه لأنه ما لم يفرق القاضي
بينهما بالإباء عند عرض الإسلام فهما زوجان وقوله وأبو يوسف يخالفهما في الكافرة في أن إسلام المنكوحة
وقت الدخول ليس بشرط إحصان الزاني فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنا والحجة
عليه أي على أبي يوسف ما ذكرناه من قوله والائتلاف مع الاختلاف في الدين وقوله صلى الله عليه وسلم
معطوف على قوله ما ذكرناه لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحرة العبد ذكره
شمس الأئمة السرخسي مرسلا في مبسوطه **قال** ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وفي رواية عن أحمد
يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب جلد مائة
ورجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب سنة ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في
ماعز ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده رضي الله عنهم وحديث عبادة بيان لقوله تعالى أو يجعل الله
لهن سبيلا وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا **وقوله** لأن الجلد يعرى عن المقصود ظاهر **وقوله** ولا
يجمع بينهما أي في حد الزنا في حق الرجل والمرأة جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب
عام ولأن التغريب من تتمة الحد فكما أن الرجل والمرأة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب ولأن
فيه أي التغريب حسم مادة الزنا لقلة المعارف أي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الأحباب والجيران
لأن الزنا إنما يتأتى من الصحبة والمؤانسة والتغريب قاطع لذلك ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب
رجوعا إلى حرف الفاء ورجوعا نصا على المقصود ومعناه أن الفاء الجزائية إذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء اشتمل
كلامه أنه هو الجزاء ألا ترى إذا قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة ليس جزاء الشرط إلا ما هو المذكور
بعد الفاء **وقوله** أو إلى كل المذكور أي رجوعا إلى كل المذكور ومعناه أنه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة
إلى البيان فكان ما ذكر كل ما يحتاج إليه في البيان فلو بقي شيء يحتاج إليه ولم يبين لزم الإخلال في
البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه نسخ الكتاب وهو لا يجوز **وقوله** ولأن في التغريب
ظاهر **وقوله** ثم فيه أي في التغريب قطع مادة البقاء يعني ما يحتاج إليه من المأكول والملبوس فربما
تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا زيادة **وقوله** وهذه الجهة مرجحة لقول علي نقل
بفتح الجيم وكسرها ووجه القبح أن هذه الجهة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي بصحة ما قلنا
ووجه الكثرة أن الخصم ينكر صحة نقل قول علي رضي الله عنه ثم قال المصنف رحمه الله هذه الجهة من
جهات العلل تؤيد صحة قول علي فكانت اللام في الصلة داخلة على المفعول كما في قوله تعالى والذين هم
للزكاة فاعلون وفي الوجه الأول كانت للتعليل فإن قيل الأصل أن ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه
الجهة علة فكيف صلحت مرجحة أجيب بأن هذه الجهة ليست بعلة الدليل في نافية مع أن النفي ليس
بحكم واجب في الحد فتصلح للترجيح ففي مثل هذا الموضع يذكر التعليل موضحا بعضه بعضا وما الذي
اختار المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة إلا لهذا كذا في النهاية **وقوله** والحديث يعني قوله البكر بالبكر
جلد مائة وتغريب عام منسوخ كشطره وهو قوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة

عن شبهة الملك لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر الكمال لان الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب
عقوبة كاملة والكمال في الحظر عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا
الحدود بالشبهات ثم الشبهة وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا نوعان شبهة في الفعل
وتسمى شبهة اشتباه اي هي متبينة في حق من اشتبه عليه وليس بشبهة في حق من لم يشتبه عليه
وليس بشبهة في حق من لم يشتبه عليه حتى انه لو قال علمت انها حرام علي حد وشبهة في المحل فالاولى
تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية امرأته
تحل له بناء على ان الوطء نوع استخدام والاستخدام يحل فكذلك الوطء فيكون متحققا بالنسبة الى الظان والثانية
تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل بها وهي لا تتوقف على ظن
الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين جميعا لاطلاق الحديث لكن في الاولى عند الظن وفي الثانية
على كل تقدير والنسب يثبت في الثاني اي في الوطء الثاني وقيل اي في المذكور الثاني والاولى ان يقال في
النوع الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الشبهة الاولى
وان سقط الحد لامر راجع اليه اي الى الواطئ وقيل هذا ليس بجار على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت
فيها النسب لان هذا وطء في شبهة العقد فيكفي لاثبات النسب وفي الايضاح المختلعة والمطلقة
بعوض ينبغي ان يكون كالمطلقة ثلاثا وعد شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع ذكرها فاذا قال ظننت
انها تحل لي لا يحد واحد منهما اما المرأة فلدعوى الشبهة واما الرجل فلان الزنا يقوم بهما فاذا سقط
الحد عن المرأة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما يجيء فان قيل لما وجه الاشتباه في المطلقة الثلاث حتى
لا يحد اذا قال ظننت انها تحل لي اجيب بان وجهه بقاء بعض الاحكام بعد الطلقات الثلاث من النفقة
والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب الى سنتين فان قيل بين الناس
اختلاف في ان من طلق امرأته ثلاثا هل يقع او لا فينبغي ان يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد اجيب بانه
خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه وانما قيد الطلاق البائن بالمال لانه
اذا لم يكن على مال لم يقع الوطء في العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها علي حرام على ما يجيء وشبهة ام
ولد اعتقها مولاها هي كما قلنا في المطلقة ثلاثا وهي في العدة قيام اثر الفراش فكان الظن في
موضع الاشتباه وشبهة العبد في جارية المولى انبساطه في مال المولى عادة والجارية من ماله
فجاز ان يظن حل انبساطه فيها بالوطء والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود
يعني اذا قال المرتهن ظننت انها تحل لي لا يحد وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن او
لم يدع كما في الجارية المشتركة لانه وطء جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه
عليه او لم يشتبه قياسا على ما اذا وطئ جارية اشتراها على ان البائع بالخيار ثم قلنا انعقد
له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد
انعقد له فيها سبب الملك في الحال وتحصل حقيقة الملك عند الهلاك ووجه ما ذكر في
كتاب الحدود وهو ان عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية
قياسا على الاجارة فانها لا تفيد ملك المتعة بحال كما اذا ورث فيما هو في الحل شبهة حكمية وعلى
هذا كان يجب عليه الحد اشتبه او لم يشتبه كما في الجارية المستأجرة للخدمة الا انه لا يجب اذا
اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان ملك المال في الجملة سبب لملك المتعة ان لم يكن سببا في
الرهن وقد انعقد له سبب ملك في حق المال فيشتبه انه هل يثبت بهذا العقد ملك المنفعة او لا بخلاف
الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سببا لملك المتعة بحال فقد اشتبه

ولتسمى شبهة حكمية وتسمى شبهة ملك ايضا فانها لا توجب وان قال علمت انها علي حرام

وفي الثانية

وقد عرف طريقه في موضعه قيل يعني في طريقة الخلاف فان قيل هلا اثبات النسخ بالقياس اجيب بانه
بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ فلم يتبين ان الناسخ ما هو وحاصل ذلك ان حكم الزناة في الابتداء
كان الامساك والايذاء في البيوت حتى يتوفاهن الموت والايذاء باللسان فانتسخ ذلك بقوله صلى الله
عليه وسلم خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله الزانية والزاني
والدليل على ان الحديث متقدم على قوله تعالى الزانية والزاني ان النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني
ولو كان انتساخ الامساك والايذاء في البيوت بقوله تعالى الزانية والزاني لقال النبي صلى الله عليه وسلم
خذوا عن الله وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم
في حديث العرنيين واليه اشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه اي دل في حديث العرنيين
دال على انه متقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول فهو جائز المثلة فكذلك ههنا دال الدال
على ان الحديث متقدم على قوله تعالى الزانية والزاني وهو ما ذكرنا هذا ما ذكر في النهاية وتبعه غيره
من الشارحين **وقوله** الا ان يرى ذلك مصلحة استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي
يعني اذا راى الامام تغريب الزاني مصلحة لدعارته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة
لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض
الصحابة رضي الله عنهم روي ان ابا بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر رضي الله عنه
سمع قائلة تقول هل من سبيل الى خمر فاشربها او هل سبيل الى نصر بن حجاج الى فتى ماجد الاعراق مقتبل
سهل المحيا كريم غير ملجاج فطلب نصرا ونفاه وكذلك لا يجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له
فقال لها ما ذنبي يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وعثمان
جلد زانيا ونفاه الى مصر وعلي جلد ونفى بالنفي فتنة وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير **وقوله**
واذا زنى المريض الى آخره ظاهر **وقوله** قال للغامدية روي ان الغامدية رضي الله عنها لما اقرت بالزنا
بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال لها صلى الله عليه وسلم ارجعي حتى تضعي ما في
بطنك فلما وضعت جاءت ثانيا واقرت فقال ارجعي حتى تفطمي ولدك فقالت اخاف ان يأتي الموت
قبل ان احد فقال رجل انا اقوم بتربية ولدها فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمها فدل ان الحكم هو
التاخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب والله تعالى اعلم بالصواب

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع في بيان ما يوجب الحد وما لا يوجبه وقد ذكرنا تعريف
الزنا في اول كتاب الحدود وذكر المصنف ههنا واعترض بانه غير منعكس لان الزنا يصدق في فعل المرأة
هذا الفعل لهذا لا يحد قاذفها بالزنا الحد وهذا التعريف وهو قوله وطء الرجل المرأة في القبل في غير
الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه واجيب بان هذا التعريف انما هو بالنسبة الى الاصل والمرأة تدخل
فيه تبعا يعد هذا انه كل موضع يجب فيه الحد على الرجل يجب على المرأة وكل موضع لا يجب فيه على الرجل
لا يجب على المرأة فان قلت قوله لانه فعل محظور تعليل واقع في غير محله لانه في التصورات تلك التعليل ليس
لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبار عدم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا وتقرير كلامه انما اعتبروا ان يكون

عن شبهة

عليه ملا يشتبه وبخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال
قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مالية المرهون عند
الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة في حال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المتعة
ثم عد الشبهة في المحل وهي في ستة مواضع على ما ذكرها جارية ابنه لقيام المقتضي للملك وهو قوله
صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات لاختلاف الصحابة رضي الله
عنهم في كونها رجعية او بائنة والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لان اليد التي كان بها
متسلطا على الوطء باقية بعد فصارت شبهة في المحل والمهورة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن
وقد ذكرنا وجهه ففي هذه المواضع لا يحد بكل تقدير وهذان النوعان من الشبهة هو ما كان
راجعا الى الفاعل او القابل ثم شبهة اخرى وهي التي تثبت بالعقد فانها عند ابي حنيفة رحمه
الله تثبت به سواء كان العقد حلالا او حراما متفقا عليه او مختلفا فيه وسواء كان الواطئ
عالما بالحرمة او جاهلا بها وعند العلماء الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح
المحارم على ما ياتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا الذي ذكرنا من بيان نوعي الشبهة
سهل تخريج الفروع على ذلك وهو اوضح مما ذكرنا وقوله وقد نطق الكتاب يعني قوله تعالى فان
طلقها فلا تحل له من بعد وقوله ولا معتبر بقول المخالف فيه يريد قول الزيدية والامامية فان
الزيدية يقولون اذا طلقها ثلاثا جملة لا تقع الا واحدة والامامية يقولون انه لا يقع شيء اصلا لكونه
خلاف السنة ويزعمون انه قول علي رضي الله عنه لانه خلاف لا اختلاف والفرق بينهما ان
الاختلاف ان يكون الطريق مختلفا والمقصود واحدا والخلاف ان يكون كلاهما مختلفا وقوله
ولو قال ظننت انها تحل لي حد الظاهر وقوله في حق النسب يعني النسب باعتبار العلوق السابق
على الطلاق لا النسب بهذا الوطء فانه لا يثبت وقوله وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف
مع ذلك اي كذلك الحكم اذا نوى بعض الفاظ الكناية ثلاثا ثم وطئها في العدة لا يحد وان قال
علمت انها حرام علي لان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة
قائمة فلا يجب الحد وقوله ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده يعني وان كان ولده
حيا وقد يشير الى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والابوة قائمة في حق الجد وقوله وقد ذكرناه اي
في باب نكاح الرقيق وقوله وكذا اذا قالت الجارية معطوف على قوله وقال ظننت انها تحل لي قد
قدمناه وقوله في الظاهر يتعلق بقوله وكذا اي لا حد على العبد في ظاهر الرواية لان الفعل
واحد فوجود الشبهة في احد الجانبين يكفي لاسقاط الحد عن الاخر فانه قيل يشكل هذا بما
اذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع ان الفعل هناك ايضا واحد
اجيب بان سقوط الحد في جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الاهلية للعقوبة
وكلامنا فيما اذا تمكنت في فعل واحد من احد الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر في الجانب الاخر وقوله
وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر
المحارم لما بينا يعني قوله لانه لا انبساط في المال فيما بينهما فان قيل لم تجعل هذا كالسرقة يعني
اذا سرق مال اخيه او اخته لا يقطع اجيب بان بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استئذان
ولا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز واما ههنا فالحد دائر مع الملك
او العقد ولم يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد فيجب الحد قوله ومن زفت اليه غير امرأته
هذا من باب الشبهة في الحال لان الفعل صدر منه بناء على دليل اطلق الشرع له العمل به وهو الاخبار

بالنفا

بالنفاء امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر
الملك كالثابت لدفع الغرور وكذلك ههنا ولهذا اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كانت الشبهة في الفعل
لما ثبت وكلامه واضح وقوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف يعني انه يقول فيها ان
احصانه لم يسقط بهذا الفعل لانه بنى الحكم على الظاهر فيعد كان هذا الوطء حلالا في الظاهر
فلا يسقط به احصانه ووجه الظاهر ان الملك منعدم حقيقة فلم يبق الظاهر الا شبهة كانها تسقط
الحد ولا يقام الحد على قاذفه قوله لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها يعني
فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد واما قال لها انا زوجك
لانها اذا اجابت بالفعل ولم تقل ذلك نوا بعها وجب عليه الحد كذا في الايضاح ومن تزوج
امرأة لا تحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة ولكن يوجع عقوبة ان كان
علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يجب عليه الحد اذا كان علم بذلك لان هذا عقد
لم يصادف محله وكل عقد لم يصادف محله يلغو كما اذا اضيف الى الذكور وقوله وهذا لان محل
التصرف بيان لقوله عقد لم يصادف محله لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وهذا المحل ليس
محلا لحكمه لان حكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة ان العقد صادف محله لان محل التصرف
ما يكون قابلا لمقصوده وهو التوالد وبنات آدم قابلة لذلك وقوله وهذا المحل ليس بمحل
لحكمه قلنا ليس محلا لحكمه اصلا او في وقت دون وقت والاول ممنوع لانه كان محلا في شريعة
من قبلنا والثاني مسلم ولكن كونه محلا في الجملة لا يجوز ان يكون شبهة في درء الحد فان الفعل
لم يقع زنا لغة ولا عرفا فان اهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد والفرض وحكى
داود ان اهل الذمة يتزوجون محارمهم لا ينسب الى الزنا في العرف وهم يقرون على نكاح المحارم ولا
يقرون على الزنا بل يحدون عليه واذا ثبت ان العقد صادف محله كان ينبغي ان ينعقد في حق
جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل بتحريم الشرع فيثبت فيورث الشبهة لان
الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت الا انه ارتكب جريمة ليس فيها حد مقدر فيعزر وقوله
ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج اي في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين عزر لانه فعل منكر
ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه اي اجنبية لانه اذا اتى امرأته او مملوكته في
الموضع المكروه اي الدبر لا يحد حد الزنا عندهم ايضا وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات
لان من الناس من يستحله بقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين
في كل محل وعمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع
في السجن وقالا هو كالزنا فيحد حد الزنا جلدا ان كان غير محصن ورجما ان كان محصنا وهو احد
قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول اخر يقتلان بكل حال اي سواء كانا محصنين او لم يكونا لقوله صلى
الله عليه وسلم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه اي اللواطة في معنى
الزنا وقيل اي كل واحد من العمل في الموضع المكروه وفعل اللواطة وفي بعض النسخ انهما في معنى الزنا
لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وقوله محل مشتهى احتراز عن وطء
الميتة في الزنا فيلحق به اللواطة في الدلالة لا بالقياس لان القياس لا يدخل فيما يندرئ بالشبهات وله انه
ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار عليه و
التنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك من الحبس في انتن المواضع حتى يموت ولم يختلفوا
في موجب الزنا فدل على انه ليس بزنا ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه

الانساب بخلاف الزنا وكذا هو اندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعي في احد الجانبين بخلاف ما هو الجبلة السليمة والداعي الى الزنا من الجانبين واذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة فبقي القياس في مثله باطل وما رواه من قتلهما او رجمهما محمول على السياسة او المستحل لكفره بذلك الا انه يعزر عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله لما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر قال في الزيادات والراي الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد ذلك وان شاء ضربه وحبسه فقوله الا انه استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا ومن وطي بهيمة فلا حد عليه لانه في معنى الزنا في كونه جناية اذ ليس فيه تضييع الولد ولا افساد الفراش ولا في وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه وانما يحمله على ذلك نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره اي ستر فرج البهيمة وانما اضمر عليه بانه لم يتبع ذكره لان ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكما الا انه يعزر لما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر وما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه ولو ثبت فتاويله مستحل ذلك الفعل والذي يروى انه يذبح البهيمة وهو ما روي عن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه انه اتي برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت واحرقت بالنار فذلك لقطع التحدث به كيلا يعير بها الرجل اذا كانت البهيمة باقية لانه واجب قوله ومن زنا في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا واقر عند الامام بالزنا لا يقام عليه الحد وقال الشافعي يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تقام الحدود في دار الحرب والمراد به حقيقة عدم الاقامة حسا لان كل واحد يعرف انه لا يمكن اقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد نعدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض لقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل اجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد والقياس لانه لم يتوجه قطعية على هذا الطعن الشارحين وفيه نظر لعرفه بانحا قواعد الاصول وهو ان التخصيص بها انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله كل واحد منهما فان الضمير راجع الى الزاني والزانية والزنا وطي الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن كذلك واذا خص منه جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس وقوله ولان المقصود هو الانزجار يعني ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو للانزجار والانزجار لا يحصل لمن استثنوا الاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد يعرى عن الفائدة وذلك لا يجوز واذا لم ينعقد موجبا لا يقام بعد ما خرج لئلا يقع الحكم بغير سبب وان الضمير في قوله لا ينعقد للتاويل الفاحشة قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة اوثا ويدل الوطية وقوله ولو غزى وقوله في معسكره اشارة الى انه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لا يقام عليه الحد والسرية قيل هم الذين يسرون بالليل ويختفون بالنهار وعدة خير السرايا اربعمائة وقوله واذا دخل حربي دارنا بامان حاصل الخلاف اصحابنا في هذه المسئلة شمول الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحربية عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا الشمول لا يتغير بمغايرة احد الطرفين الاخر بكونه حربيا او ذميا او ذكرا او انثى وعند محمد رحمه الله عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية واما في جانب الذمي فيتفاوت بين الذكر والانثى فيما اذا اختلف حالهما حيث يحد الذمي لا الحربية وفي العكس لا يحد ايهما وهو قول ابي يوسف اولا وقال اخرا بشمول الوجوب في الانواع كلها له ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا كما ان الذمي التزمها مدة عمره ومن التزم احكامنا يقام عليه كالمسلم والذمي ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا فان قيل لو كان كذلك لاقيم عليه حد الشرب لانه من احكامنا اجاب بقوله بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته فان قلت فهو يعتقد

اباحة

اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي ان لا يقتص منه ولا يحد لقذفه قلت المعنى باعتقاد الاباحة هو ان يكون ذلك دينا وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فاباحتهم ذلك ليست بدين وانما هو هوى وتعصب ولابي حنيفة ومحمد ان التزام الاحكام انما هو بالتزام القرار في الدار لان الاتصاف بكونه من دارنا انما يكون بذلك والحربي ما التزم ذلك لانه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به واذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة كان ملتزما من الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما لم يدخل الا طامعا في الانصاف الى العدل لاجله على التزام الانتصاف اي العدل العزم عليه لان الغرم بازاء الغنم والقصاص وحد القذف من حقوق العباد فكان داخلا في الانتصاف اما حد الزنا فمحض حق الشرع فلا يكون داخلا فيه فلما فرغ من الجواب عن قول ابي يوسف شرع كل منهما في اثبات ما ذهب اليه محمد رحمه الله ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة له على ما مر فامتناع الحد في حق الاصل فيما اذا زنى الحربي بذمية يوجب امتناعه في حق التبع والا لا يكون تبعا فكان خلفا واما الامتناع في حق التبع فيما اذا زنى الذمي بحربية فلا يوجب امتناعه في حق الاصل والا لكان مستتبعا فكان اصلا والفرض انه تبع وذلك خلف باطل نظير ذلك اذا زنا البالغ بمجنونة فانه يحد البالغ دونهما لان الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق الاصل وتمكين البالغة من الصبي والمجنون فانه لا يجب الحد عليهما لان الامتناع في حق الاصل يستلزمه في حق التبع ولابي حنيفة ان فعل الحربي المستامن زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا ولهذا لو قذفه قاذف بعد الاسلام لم يلزمه الحد الا انه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مامنه لقوله تعالى ثم ابلغه مامنه واذا كان كذلك كان تمكين المراة منه زنا لان التمكين من فعل الزنا زنا يوجب الحد لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فيجب الحد عليها لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مامنه والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهي فان الكفار مخاطبون من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم وقوله هو الصحيح احترازا عن قول بعض مشايخنا العراقيين فانهم قالوا بكونهم غير مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات وقوله وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا اشارة الى قول بعض اصحابنا فانهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع قال شمس الائمة ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات وقوله بخلاف الصبي والمجنون جواب عن مستشهد محمد رحمه الله على ان سقوط الحد من الاصل يوجب السقوط من التبع ووجه ذلك ان هذا ليس نظير ما نحن فيه لان الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد والحربي مخاطب ففعله زنا والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعندهما لا تحد قال واذا زنا الصبي او المجنون صورة المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر والشافعي رحمهم الله قياس احد الجانبين بالاخر فالا العذر من جانبها كما في صورة الاجماع لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه فكذا وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها والجامع ان كلا منهما مواخذ بفعله ولنا ظاهر مما ذكرنا انه يحد فلا حاجة الى التكرار واعترض عليه من وجهين احدهما ان غير المحصن اذا زنا بالمحصنة يجب الرجم عليها وان لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الاصل لم يوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك والثاني ان الصبي او المجنون اذا زنى بالمطاوعة ينبغي ان يجب المهر عليه لان الوطي لا يخلو عن احد

للوجوبين اما الحد او المهر وقد اورد في الذخيرة انه لا يجب عليه المهر فيما اذا طاوعته المرأة واجيب عن
الاول بانه لا يلزم من احصان الزاني احصان الزانية لان الاحصان موقوف على شرائط اخر ويلزم
من تحقق فعل الزنا منه تحققه منها بسبب التمكين لان تمكينها سبب لفعل الرجل فقام السبب
مقام المسبب تحقيقا وعن الثاني بانا لو اوجبنا المهر على الصبي فيما اذا طاوعته لكان الايجاب عن
القائم له لان لولي الصبي ان يرجع عليها في الحال بمثل ذلك لانها لما طاوعته صارت آمرة للصبي بالزنا
معها وتلحقه بذلك غرم وصح الامر من المرأة لان لها ولاية على نفسها فلا يفيد الايجاب
بخلاف ما اذا كانت مكرهة او صبية فان المكرهة ليست بآمرة والصبية لا يصح امرها لعدم
ولايتها على نفسها وكانت بمنزلة المكرهة فايجاب المهر كان معتدا به اذ ليس لولي الصبي حينئذ
ان يرجع عليها بمثل ذلك **وقوله** ومن اكرهه السلطان الى آخره ظاهر **وقوله** وعليه المهر في ذلك يعني
في كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعوى المرأة فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر فيما اذا ادعت المرأة
بالزوجية لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة النكاح اجيب بان النكاح يثبت بالطريق
والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطء لانه في دعواه اما ان يكون صادقا
او كاذبا فان كان الاول ثبت النكاح حقيقة وان كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة والاحتمال
في باب الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحد وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطء
لا يخلو عن غرامة او عقوبة واذا تحقق الملزوم بدون اختيارها لازم كذلك فيثبت لها المهر
وان ردته **وقوله** ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة انما وضع المسئلة في الجارية
وان كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية فانه لو فعل ذلك
مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لبيان ان شبهة عدم وجوب الحد عند اداء الضمان
انما يرد في حق الجارية لا في حق الحرة لان الامة تصلح ان تكون ملكا للزاني عند اداء الضمان
بشبهة ان لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد كما اذا زنى بها فاذهب عينيها وهو وجه قول ابي
يوسف في هذه المسئلة **وقوله** وهو على هذا الخلاف اي شراء الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة
الحد على هذا الاختلاف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يحد خلافا لابي يوسف فكان رد
المختلف لكن الخلاف في المرأة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه ولهما ان
هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لانه ضمان دم والدم مما لا يملك ولا يمكن ان
يعتبر هكذا لانه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والميت ليس بمحل للملك **وقوله** ولو كان
بوجه يعني سلمنا ان ضمان القتل يوجب الملك لكن انما يوجبه في العين كما ذكرتم في هبة المسروق
لا في منافع البضع لانها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان فلا مستند لان المستند
لا يظهر في المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة قبل ذلك لكن الملك ثابتا بطريق التبيين لئلا يشترط
الوجود كما في الحيض دم الحيض باب الحدود واجيب بان التبيين انما يكون في حكم معتبا بغاية ينتظر الوصول
اليها فاذا وصل حكم بثبوته والا فلا كما في الحيض وليس ما نحن فيه كذلك **وقوله** وهذا بخلاف ما اذا زنى
فاجاب بصورة يمكن ان يستشهد بها ابو يوسف رحمه الله كما قدمناه وتقريره ان الزاني بالضمان
ملك الجثة العمياء لكونها قابلة للملك اذ هي عين مأخوذة فيورث الشبهة وهذا الجواب انما يستقيم على
اصل الجواب دون السؤال فان لقائل ان يقول الملك يثبت في الجثة العمياء مستندا فلا يظهر في المستوفى
اعني المنافع لكونها معدومة واما اذا نظرت الى اصل الجواب وهو قوله انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه
ضمان دم وهو ليس بعين يملك فانه صحيح ويجوز ان يقال بالنظر الى السؤال ايضا بان الملك وان كان ثابتا

فيه ايضا لكن فيه شبهة العدم فيكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولا كذلك في الجثة العمياء
لثبوت الملك فيها حقيقة فيكون في المنافع الشبهة وهي معتبرة لكن ليس في كلام المصنف ما يشير الى
هذا اصلا وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام وفسره ابو الليث بالخليفة فلا حد عليه الا
القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى فاقامتها اليه لا الى غيره قال صلى الله عليه
وسلم اربع الى الولاة وعد منها اقامة الحدود وكلامه واضح اما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع
فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى ولقائل ان يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب
ان لا يحد المستامن اذا قذف كما لو زنى وقد تقدم انه يحد لانه حق العبد والجواب ان حد القذف
يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب ما يليق به وما يليق بالحربي ان يكون حق العبد
لانكاره حقيقيا وما يليق بالامام ان يكون حق الله لانه ليس فوقه امام يستوفيه منه والله اعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكرنا ان ثبوت الزنا عند الامام انما يكون باحد شيئين لا غير وهما الشهادة والاقرار واخر الشهادة
هاهنا عن الاقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل في السلف ثبوت الزنا عند
الامام بالشهادة اذ رؤية اربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحلة كما في الكلاب
في غاية الندرة **قال** واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا
في حد القذف خاصة وذكر لفظ الجامع الصغير حجة له على زيادة الايضاح في تقدير ما يوجب
الحد تحرزا من السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة الحين الذي استفاده منه بعض المشايخ وقدر
ستة اشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة ثم كما لا يحد المشهود عليه لا يحد
الشهود ايضا حد القذف في الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة
وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى قوله هو مخير بين الحسبتين اجرين متلازمين
لو يقال له احتسب بكذا اجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الاجر والجمع الحسب **وقوله** بخلاف
حد السرقة جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة
متقادمة لم تقبل فعلم بهذا ان قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى
ووجهه لا نسلم ان الدعوى شرط الحد لانه خالص حق الله على ما مر والدعوى ليست بشرط فيه
وانما هي شرط للمال وهو حق العبد **وقوله** فلان الحكم يدار رجوعا الى آخره وتقريره ان المعنى المبطل
للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا لله هو تهمة الضغينة والعداوة وذلك امر باطن
لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حقا لله سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد او لا كما ادير الرخصة
على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من افراده **وقوله** ولان السرقة جواب آخر
ووجهه ان السرقة تقام على الاستسرار لانها يوجد في ظلم الليالي غالبا على غفلة من المالك فلا
يكون المسروق منه عارفا بالشهادة ظاهرا **وقوله** لان الامضاء اي الاستيفاء من القضاء لان المقصود من
القضاء حق العباد اما اعلام من له القضاء او التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذا ب

للعبد بحصول مقصوده بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه الى الاستيفاء واما الله تعالى في حقوقه فمستغن عن هذين
المعنيين فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء فلذلك كان حد مستيفا من تتمة القضاء
في حقوق الله تعالى واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين
كما ذكرناه وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة رحمه الله لم يقدر في ذلك ونقل الناطفي في
الاجناس عن نوادر المعلى قال ابو يوسف جهدنا على ابي حنيفة ان يوقت في ذلك شيئا فابى وفوضه
الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل فهو رواية عن ابي حنيفة ذكر
في المحيط قال ابو حنيفة لو سأل القاضي متى زنيتها فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهرا
او اكثر درئ الحد قال الناطفي وقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد في مسئلة
اليمين حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه **وقوله** وهو الاصح يعني
تقدير التقادم بشهر **وقوله** وهذا اي الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر اذا لم يكن بين القاضي وبينهم
مسيرة شهر اما اذا كان فانها تقبل لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة **قوله** واذا شهدوا على
رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وكذا اذا اقر بذلك وان شهدوا انه سرق من فلان
وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في
السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم لا تتمة الشبهة والمعتبر
الشبهة دون النازل عنها لئلا ينسد باب اقامة الحدود وبيان ذلك انها لو كانت حاضرة وادعت
النكاح سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب واذا كانت غائبة كان الثابت عند
غيبتها احتمال وجود الشبهة وهو المعنى بشبهة الشبهة وهذا بخلاف ما اذا كان احد اولياء
القصاص غائبا فانه لا يستوفى حتى يحضر الغائب لاحتمال ان يحضر الغائب فيقر بالعفو لانه
لو حضر وادعى سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهته فاذا كان غائبا يثبت شبهة العفو
لا شبهة شبهته وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته
بل هو الظاهر لان الظاهر من حال المسلم انه لا يزني والشهود لا يفصلون بين زوجته وامته وبين غيرهما
الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم وان اقر بذلك اي بالزنا بامرأة
لا يعرفها حد لانه لا يخفى عليه امرأته او امته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها واخران
انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالا
يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب للحد وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه
بخلاف جانبها فان الموجب في حقها لم يتحقق لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاختلافهما
فيه وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب
في حقه كما في وطي الصغيرة المشتهاة والمجنونة ولابي حنيفة ان المشهود به قد اختلف لان
الزنا فعل واحد يقوم بهما وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين لان
الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر فكان
كل منهما نصاب الشهادة **وقوله** ولان شاهدي الطواعية دليل اخر وتقريره لان شاهدي الطواعية
صارا قاذفين لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم واذا انتفت شهادتهما انتقض
نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضي اقامة حد القذف على شاهدي الطواعية
لكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها لوجود حقيقة
الزنا منها لكن لا اثم بسبب الاكراه **وقوله** وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة ظاهر **وقوله**

خلافا لزفر يعني انه يقول يحدون لان شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد صار كلامهم قذفا كما لو شهدوا على
رجل بالزنا فانهم يحدون حد القذف ولنا ما ذكره بقوله لشبهة الاتحاد يريد شبهة اتحاد المشهود به وتقريره
ان الشبهة دارئة في الحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهدوا ولهم اهلية كاملة وعدد كامل على زنا
واحد صورة في زعمهم نظرا الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم ولاتحاد المرأة وانما جاء الاختلاف بذكر
المكان فثبت شبهة عدم الاتحاد في المشهود به فيكون الخلاف بكل والحاصل ان شهادتهم من وجه
دون وجه فبالنظر الى الاول لم يحد الشهود وبالنظر الى الثاني لم يحد المشهود عليه **وقوله** وان اختلفوا
في بيت واحد يحد الرجل والمرأة ظاهر ولا يقال بان في ذلك احتيالا لوجوب الحد والحدود تحتال لدرئها لا لاثباتها
لان هذا احتيال لتصحيح الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما امكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة
قبولها وجوب الحد فان قيل فان كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة في مسئلة الاكراه والطواعية
على مذهب ابي حنيفة بان يحمل على ان يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طوع اجيب بان كلا ما ذكر
في مسئلة الاكراه والطواعية لا يتفاوت بين ان يكون اكراها من اوله الى اخره وبين ان يكون اوله اكراها
واخره طوعا لان الاكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من اوله الى اخره اكراها او اوله اكراها
واخره طوعا كان كذلك كانت في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرنا **قوله** وان شهد اربعة انه زنى بامرأة
بالنخيلة بتصغير النخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة بالباء المفتوحة والجيم فكان تصحيف
لانها اسم حي من اليمن ودير هند لا يشتغل عليه لانه ايضا موضع قريب من الكوفة وكلاهما واضح **وقوله**
فلاحتمال الصدق كل فريق يعني ان احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين قائم وشبهة الزنا تمنع
وجوب الحد على القاذف **وقوله** درئ الحد عنهما وعنهم توضيحه ان الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة
النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا في اسقاط الحد فيسقط عنهما واما عنهم فلانه تكامل
نصاب الشهادة وانما امتنع حكمها بقول النساء ولا مدخل لقولهن في اثبات الحدود **وقوله** فان شهد
اربعة على رجل بالزنا وهم عميان ظاهر **وقوله** لان الزنا يثبت بالاداء اي يظهر عند الامام باداء الشهود
الشهادة ولا اداء للعبد كالعميان والمحدودين في القذف لانهم ما كانوا اهلا فانقلبت شهادتهم قذفا
لانهم نسبوهما الى الزنا ولم يكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة **وقوله** لان الفاسق من
اهل الاداء لانه لو لم يكن اهلا لما امر بالتثبت الا ترى ان العبد اذا شهد يؤمر بالرد لا بالتثبت الا ترى
الى ما ذكره الامام قاضي خان رحمه الله ان الشهود ثلاثة شاهد له اهلية التحمل والاداء
بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق
وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح
بهما وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد فان
الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر وههنا لم توجد الا حسبة الستر وهو الظاهر فلا حسبة في اداء
الشهادة ايضا لنقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة
شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم توجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف
انما كان باعتبار الحسبة **وقوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا ظاهر **وقوله** وعندهما يضمنون
يعني ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات **وقوله** وصار كالرجم والقصاص يعني اذا شهد الشهود
فرجم المشهود عليه او قتل ثم رجعوا يضمنون الدية ووجه ابي حنيفة ظاهر **وقوله** في الصحيح يعني في
الصحيح من الرواية وذكره في مبسوط شيخ الاسلام ولو قال لا تجب الضمان على الجلاد فلهذا الوجه لانه
ليس بمامور بهذا الوجه لانه امر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب على

هذا الوجه وقع فعله تعدياً فيجب عليه الضمان وذكر في الايضاح في هذه المسألة لابي حنيفة وجهاً
حسناً وهو ان الاضافة الى الشهود من حيث الايجاب دون الايجاد فالاثر الحاصل بموجب وجود
الضرب لا بموجب وجوبه فلم يكن مضافاً الى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان وقوله لما فيها من زيادة
الشبهة معناه لما فيها من شبهة زادت على الاصل لم تكن فيه فان الكلام اذا تداولته الالسنة تمكن
فيه زيادة ونقصان وقوله لانهم قائمون مقامهم اي الفروع مقام الاصول فكان الرد لشهادة
الفروع رداً لشهادة الاصول وذلك لان الموضع الذي تقبل فيه شهادة الفروع تقبل فيه شهادة
الاصول ففي الموضع الذي ترد يتعدى ردها الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وقوله ولا
يحد الشهود يعني الاصول والفروع لان عددهم متكامل والاهلية موجودة وامتناع الحد عن المشهود
عليه لنوع شبهة وهو شبهة عدم التحمل في الفروع وشبهة الرد في الاصول وهي كافية للدرء
لا لايجابه لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له وقوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا هذا شروع
في بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا واحكامه وايضاح قوله لانه ان كان قاذفاً حي فقد بطل بالموت يعني
لا يحد القذف لا يورث وان كان قاذفاً ميت فهو مرحوم بحكم القاضي وذلك لانه لم يسقط الاحصان
فلا اقل من ايراث الشبهة والحد يبطل بها ولنا ان الشهادة تنقلب قذفاً بالرجوع عنها لانها
تنفسخ به واذا انفسخت حجة انفسخ ما ينبني عليها وهو القضاء واذا انفسخ القضاء لا يندفع العقوبة
بكونه مرجوماً بحكم القاضي فلا يسقط الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن فيتقيد بقوله
في حقه لانه زعم ان شهادته لم تنشت حجة وزعمه في حق نفسه معتبر بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه
غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه لان قضاء القاضي في زعمه صحيح مستقر فكان قذفه واقعاً
في حق غير المحصن فلا يجب حد القذف ولقائل ان يقول القضاء لو كان فاسداً في زعمهما وجب الحد
لا محالة فاذا كان قائماً في زعم دون زعم كان قائماً من وجه دون وجه ومثله يورث شبهة الدرء
به للحد واعترض ايضاً بان احد الشهود لو ظهر عبداً بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولو
ظهر احدهم عبداً بعد الجلد حدوا وما ذلك الا لان القذف انما يثبت بالشهادة من وقت
الشهادة كما قال زفر ومن قذف حياً ثم مات المقذوف لا يحد القاذف واجيب بان احدهم اذا ظهر
عبداً علم ان شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفاً في ذلك الوقت لعدم اهلية الشهادة لان العبد
لا شهادة له فان كان الحد جلداً فقد قذفوا حياً فيحدون وان كان رجماً قذفوا حياً ثم مات فلا يحدون بخلاف
ما نحن فيه فانها كانت شهادة في ذلك الوقت وبالرجوع تقلبت قذفاً بعد الموت فكان قاذفاً للميت
فيحد وقوله فان لم يحد المشهود عليه ظاهر وقوله ولنا ان كلامهم قذف في الاصل يعني لانه صريح
فيه لكن سلب عنه ذلك اذا صار شهادة وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفاً
وهذا يناقض ما تقدم لانه قال هناك ان الشهادة انما تنقلب قذفاً بالرجوع وههنا قال انها قذف
وانما تصير شهادة باتصال القضاء بها ويمكن الانفكاك عنه بانه لا منافاة بينهما لانه قذف في الاصل
وانما يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا يرد قول من يقول ان فيما قال
اضعاف مؤاخذة من لم يرجع بذنب من رجع وقد قال تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى لان الكل قذفة
عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مؤاخذ بذنبه لا بذنب غيره وقوله وان كانوا خمسة فرجع
احدهم يعني بعد الرجم لان وضع المسألة في ذلك وقوله فلما ذكرنا اشارة الى ما قال من قبل وكنا ان
الشهادة انما تنقلب قذفاً الى آخره ومعناه يحدان جميعاً لانه لما رجع الثاني لم يبق من الشهود من تتم
الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان فان قتل الاول منهما حين رجع لم يجب عليه

كانت قذفاً الا ان قذفاً المحصنين جميعاً فجعل للحال قذفاً للميت واذا انقلبت قذفاً فقد انفسخت حجتها واذا انفسخت صح

حد

حد ولا ضمان الدية ذلك لكان الزيه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون مثله ما اياه الحد اجيب بان
الحد لم يجب لا لعدم السبب بل لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب
الحد على الاول بالسبب المتقرر لا بزوال المانع وهو بقاء الحجة التامة ولو اعتبر هذا المعنى لوجب
القول بانهم لو رجعوا معاً لم يحد واحد منهم لان في حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء برجوعه وحده لو
ثبت اصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا التزكية من زكى
نفسه اذا مدحها وتزكية الشهود الوصف بكونهم ازكياء وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم
فظهر الشهود مجوساً او عبيداً فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية
وقال ابو يوسف ومحمد هو اي الضمان على بيت المال وانما كان قوله رجعوا عن التزكية محتاجاً اليه لان
يكون الرجوع بان يقولوا اخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا تعمدنا التزكية
مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع قال العقل هذا اذا قالوا تعني لو قالوا اخطأنا لما وجب الضمان
بالاتفاق قال المزكون ما اثنوا على الشهود الا خيراً لان هذا الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود
خيراً فكان كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيراً فكانوا في المعنى شهود الاحصان الا ان اولئك اثنوا
خصال الاحصان في الزاني وهؤلاء اثنوا خصال الحسن في الشاهد فكما لا ضمان على اولئك فكذلك على
هؤلاء وقوله فلان الشهادة ظاهر وقوله وهذا يعني وجوب الضمان على قول ابي حنيفة رحمه الله
وقوله لانه لم يقع كلامهم شهادة فيه نظر لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به
وقد اتصل به القضاء فكان وجه قوله لانه لم يقع كلامهم شهادة والجواب ان القضاء لما ظهر خطاؤه
بيقين صار كانه لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة فكان قبل تقادم لا يحد الشهود قلت
لانهم قذفوا حياً ثم مات فلا يورث عنه على ما اشار اليه في الكتاب لانه لم يجعل قذفاً للميت
للحال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة لانا نقول علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة
ولم توجد فان قيل لم لا يكون ظهورهم عبيداً ونحوه شاملة للانقلاب كالرجوع فالجواب ان الانقلاب
ضرورة الشهادة قذفاً وكلامهم لم يقع شهادة وقوله وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهراً
وقت القتل يعني ان القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضي يكفي لايراث الشبهة لانه لو كان
حقيقة كان مبيحاً للدم فصورته تمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في اسقاط الحد فلهذا لا يجب القصاص
على القاتل اذا جاء المشهود بشهادته حياً وقوله وان رجم على بناء الفاعل اي الرجل الذي ضرب عنقه لم يضمنه
وانما رجمه ثم وجدوا اي الشهود عبيداً فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اي فعل
الراجم الى الامام ولو باشره الامام بنفسه وجبت الدية في بيت المال لما ذكرنا ان فعل الجلاد ينتقل
الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه
لم يأتمر امره لانه امره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه واذا شهدوا على رجل بالزنى وقالوا
تعمدنا النظر الى موضع الزنا من الزانيين قبلت شهادتهم لما ذكر في الكتاب وهو واضح وفي
الجامع الصغير لشمس الائمة قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على انفسهم فان النظر
الى عورة الغير قصداً فسق وانما تقبل شهادتهم اذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال ان يكون ذلك وقع اتفاقاً
لا قصداً لكنا نقول النظر الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعاً فان الختان ينظر والقابلة تنظر والشاهد
ينظر لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لا يمكنهم
ان يشهدوا وقوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا ظاهر وقوله والاحصان يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل
الذي فيه شبهة الا ترى انه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي

هو من شروط الاحصان بالحكم بثبات النسب وقوله خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله الشافعي مر على اصله وزفر جعل الاحصان شرطا في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فصار في الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة ويترتب على ذلك امران احدهما ما ذكر في الكتاب ان شهادة النساء لا تقبل فيه والثاني ان شهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سيأتي لان شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق وقوله نصرانيا اذا شهد ذميان على ذمي الآخر بتحلة الزاني لو كان هو كافرا ذميا وهو مسلم فشهد ذميان ان مولاه الذي اعتقه قبل الزنا لم يرجم مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة اهل الذمة فصار مثله وقوله لما ذكرنا تعني ان الاحصان شرط في معنى العلة ولكن الاحصان عبارة عن خصال حميدة بعضها ليس بصنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة وكل ذلك مانع عن الزنا على ما ذكرنا قبل باب الوطي الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجرة وكل ما يكون مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة وصار كما اذا شهدوا به اي بالنكاح في غير هذه الحالة تعني لو شهد رجل وامرأتان ان فلانا تزوج هذه المرأة ودخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم لكنه ههنا بخلاف ما ذكر تعني زفر من شهادة الذميين على ذمي انه اعتق عبده قبل الزنا لان العتق هناك يثبت ايضا بشهادتهما فاما لا يثبت سبق التاريخ لانه تاريخ يتكلم المسلم او يتضرر به من حيث اقامة العقوبة الكاملة عليه وما يتكلم المسلم تتضرر به لا يثبت بشهادة اهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم وقوله فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون اختلاف الامرين المرتبين على الاصل الذي ذكرنا من قبل والله اعلم بالصواب

باب حد الشرب

انما اخر حد الشرب عن حد الزنا لان جريمة الزنا اشد من جريمة شرب الخمر فانه بمنزلة قتل النفس فان الله تعالى قرنه ذكره بعبادة الاصنام وقتل النفس حيث قال الله تعالى والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون ولهذا لم يحل في دين من الاديان فاخر حد القذف عن حد الشرب بان جريمة الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف فان القذف خبر محتمل بين الصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف اخف من ضرب حد الشرب لضعف في ثبوت القذف لجواز ان يكون صادقا في نسبته الى الزنا فلا يكون قذفا ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجود او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه اي على الشارب بذلك اي بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى عوان بين ذلك او شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد وظاهره تقتضي انه لا يشترط الرائحة بعدما شهد الشهود عليه بانه سكران من الخمر ولكن الروايات في الشرح متفقة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند ابي حنيفة وابي يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة او بالاقرار والاصل فيه اي في وجوب الحد قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه وقيل تمام الحديث فان عاد فاقتلوه وهو منسوخ وكذلك العمل به فليكن الباقي كذلك واجيب بانه ترك العمل بذلك لعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم

لاجل عدم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث وليس شرب الخمر منها فبقي الباقي معمولا به لعدم المعارض وقوله فان اقر بعد ذهاب رائحتها لا يحد وقوله غير انه متعذر بالزمان عند محمد وهو التشهي اعتبارا بحد الزنا وقوله وهذا يعني تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة لان التاخر يتحقق بمضي الزمان فلا بد من تقدير الزمان والزمان في ذلك ستة اشهر او شهر واحد كما علم في موضع آخر واما عدم اعتبار الرائحة فلانها محتملة اذ يكون من غيرها كما قيل يقولون لي انكه وهو بيت شعر

يقولون لي انكه قد شربت مدامة ۞ فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا

فهذه الرواية وهي رواية المطرزي بكلمة قد وقد روي بدونها وهي رواية الفقهاء فعلى الاول سقط همزة الوصل من انكه في اللفظ وعلى الثانية تحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى المدام وهو الخمر وعندهما يتقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان المعتبر في ذلك القرب وقيام الاثر وهو الرائحة من اقوى الدلائل على القرب وقوله وانما يصار الى التقدير بالزمان جواب عن التقدير بالزمان اعتبارا بالتقدير بالرائحة عند تعذر اعتبار الاثر وقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل جواب عن قوله والرائحة قد يكون من غيره هذا بالشبهة الى الاثبات بالبينة واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره ان الانسان لا يكون متهما بالنسبة الى نفسه وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب يثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا يعني قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود رضي الله عنه ولكن لا دليل على ان الشرط الذي شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة اجمع عليه الباقون وايضا كلام ابن مسعود شرطية والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير بجواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا اولا وايضا ذكر في اول الباب انه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقال ههنا انه ثابت باجماع الصحابة وهما متنافيان وايضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقوله وريحها يوجد منه ظاهر قال ومن سكر من النبيذ حد النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ فالنقيع ان ينقع الزبيب في الماء ويترك اياما حتى يخرج حلاوته الى الماء ثم يطبخ ادنى طبخة فما دام حلوا يحل شربه وان غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم واما النبيذ فهو النيء من ماء الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الآخر يحل شربه ما دون السكر وعند محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ وهو النيء من ماء البسر المذنب والنبيذ بالتمر فهو ماء التمر اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه في قولهم ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند ابي حنيفة وابي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوي الا القدح المسكر وقال محمد والشافعي لا يحل واختلفوا في وجوب الحد وسيجيء بيانه في الاشربة وانما الكلام في حد السكران ومقداره فسنذكره ان شاء الله تعالى وقوله ولا حد على من وجد منه رائحة

الخمر وتقيا ما يعني اذا لم يوجد منه الشرب لان الرائحة محتملة فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر
قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل اجيب بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال
والتمييز بعد الاستدلال على وجه يحتمل الاشتباه والتمييز ممكن لمن له فطانة وفيه قوله والجواب الثاني احسن
حملاه على تفسير المستدل فانه يدل على ان المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل
هو الشم من معه ذلك ويجوز ان يكون قوله لان الرائحة محتملة على مذهب محمد وقوله وكذا الشرب
قد يقع عن اكراه واضطرار على تقديرها ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا
لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك والذي ذكره من اباحة البنج هو موافق
لعامة الكتب خلاف رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة
من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة حرام بالاجماع
لان السكر من البنج حرام مع انه مأكول فمن المشروب اولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس بصحيح لان
رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي تدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام لا على ان البنج حرام
وكلام المصنف يدل على ان البنج مباح ولا تنافي بينهما وحد الخمر وحد السكر من غير الخمر في الحر ثمانون
سوطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر فيه انه يضرب كل البدن
ما خلا الوجه والراس والفرج ثم يجرد عن ثيابه في المشهور من الرواية عن محمد رحمه الله انه لا يجرد
عن ثيابه اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص قاطع ووجه المشهور انا
اظهرنا التخفيف مرة يعني من حيث العدد حيث لم يجعله مائة كما في الزنا فلا نعتبره ثانيا وفيه بحث
من وجهين الاول انه ليس لاحد من المجتهدين التصرف في المقدرات الشرعية والثاني ان الثمانين
تغليظ لا تخفيف لانه روي انهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكمام وبالايدي
ثم بعد ذلك جلد ابو بكر اربعين ثم جلد عمر اربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف
والجواب ان قوله انا اظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجتهدين والتخفيف انما هو باعتبار ان الله تعالى
جاز له ان يقدر حد الخمر مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين
كان تخفيفا منه ولما جعله الصحابة رضي الله عنهم معتبرا بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يعتبر ثانيا
واما ظهور التخفيف الذي كان ثابتا بالنص فالتنصيص واليه اشار بقوله اظهرنا التخفيف الى ذلك الا انه
وقوله ومن اقر بشرب الخمر والسكر يعني بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد وقيل السكر كل شراب اسكر ويثبت
الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
وزفر يثبت باقراره مرتين في مجلسين اعتبارا للعدد في الاقرار بعدد الشهود وهو نظير الاختلاف
في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى قوله ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال في حد الشرب
لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان يشير الى ذلك قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل
وامرأتان الى قوله ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة
البدلية لان استشهادهما في الموضع الذي جازت شهادتهن من غير ضرورة العجز عن استشهاد
الرجال بخلاف سائر الابدال لكن فيه صورة البدلية من حيث النظم والسكران الذي يحد هو
الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة هذا لفظ الجامع الصغير وليس فيه
بيان الخلاف قال المصنف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه
اي يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران لانه السكران في العرف واليه
مال اكثر المشايخ وعن ابن الوليد قال سألت ابا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد قال الذي

يستقر

يستقرأ قل يا ايها الكافرون ولا يقدر عليها فقلت له كيف عييت هذه السورة وربما اخطأ فيها
الصاحي قال لان بحرمة الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكي ان ائمة بلخ اتفقوا على استقراء
هذه السورة ولابي حنيفة رحمه الله ان الحد زاجر يؤخذ في اسبابها باقصاها درءا للحد ونهاية
السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة
الصحو يعني انه كان يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك
نهاية في السكر وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات ولهذا وافقهما في السكر
الذي يحرم عنده القدح المسكر ان المعتبر فيه هو اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيما يندرئ
بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ بالاحتياط وهذا معنى قوله والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة
ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدح الذي يلزم الهذيان واختلاط
الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى في حد السكر كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو
ما قاله ابو حنيفة رحمه الله وقوله وهو اي ظهور الاثر في مشيته مما يختلف فان السكران
ربما يتمايل والصاحي ربما يزلق او يعي في مشيته فيرى انه منه فلا يكون دليلا ولا يحد السكران
باقراره على نفسه يعني في الحدود الخالصة لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة لان الاقرار
يحتمل الكذب فاذا صدر من سكران يزداد احتماله فيحتال للدرء لانه خالص حق الله تعالى بخلاف
حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه عرف ذلك باجماع الصحابة
رضي الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون فهذا اجماع
منهم على وجوب حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره ولو ارتد
السكران لا تبين منه امرأته لما ذكر ان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وذلك
ان عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فدعا بعض الصحابة فاكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك
قبل تحريمها فامهم في صلاة المغرب عبد الرحمن بن عوف او غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح اللا
مع ان اعتقاده ليس كفرا ولم يكن ذلك كفرا منه ذلك القارئ فعلم ان السكران لا يكفر بما جرى على لسانه
من لفظ الكفر

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من احصن الى الزنا صريحا او دلالة اذا قذف الرجل
رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا الخالي عن الشبهة الذي لو اقام القاذف عليه اربعة من
الشهود او اقر به المقذوف لزمه حد الزنا وطالب المقذوف بالحد وعجز القاذف عن اثبات ما قذفه
به حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى قوله فاجلدوهم
ثمانين جلدة الاية والمراد بقوله والذين يرمون الرمي بالزنا بالاجماع واليه الاشارة في النص ثم لم
شرط اربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه
بان قال لست لابيك وبان القياس ان لا تجب المطالبة لان حق الله تعالى فيه غالب والمغلوب في
مقابلته كالمستهلك ولكن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازم فان ابنه اذا طالبه يحد والجواب
انه اذا قذفه بصريح الزنا ووجدت الشروط وجب الحد لا محالة فتلك قضية صادقة واما انه اذا قذفه

بنفي النسب لا يجب فليس بلازم لان التعقيد به لاخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل ان يقول يا زاني
فقال الآخر صدقت لا لاخراج ما ذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط مطالبته احتيالا
للدرء وابن المقذوف انما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف وهذا لم يكن حق المطالبة
الا اذا كان المقذوف ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه وقوله ويفرق يعني الضرب على اعضاء القاذف
على ما مر في حد الزنا وهو قوله لان الجمع في عضو واحد يفضي الى التلف ولا يجرد من ثيابه لان سببه
غير مقطوع لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة
لانها على الوصف المشروط فيه لا تكاد تحصل فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد فيه
من ثيابه لان سببه معاين بالبينة او الاقرار وههنا بعد ثبوت القذف بالبينة او بالاقرار
تتوقف اقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه في النسبة الى الزنا وهو غير متيقن به وقوله غير انه
ينزع عنه الحشو استثناء من قوله ولا يجرد لان ذلك يمنع الفرو والحشو كما في قوله او وان
بين ذلك وقوله وان كان القاذف عبدا ظاهر وقوله والاحصان بيانه شرطه وقوله لعدم
تحقق فعل الزنا منهما قيل عليه لو كان كذلك لحد من قذف المجنون الذي زنا حال جنونه
ولا يحد كان قذفه بعد الافاقة واجيب بان معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا
الذي يؤثم صاحبه ويوجب الحد عليه لم يوجد منهما واما الوطي الذي هو غير مملوك فقد
يتحقق منهما وبالنظر الى هذا كان القاذف صادقا في قذفه فلا يجب على القاذف ولا على
المقذوف كمن قذف رجلا وطي بشبهة او وطي جاريته المشتركة بينه وبين غيره قوله
والاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن تعذيبه الله تعالى اوجب حد
القذف بقذف المحصن بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية والكافر ليس بمحصن لقوله
صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف ومن نفى نسب غيره
فقال لست بابيك فعليه الحد ان كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لانه نفى النسب والنسب
انما ينفى عن الزاني لا عن غيره وتقريره ان فرض المسألة فيما اذا كان ابوه وامه معروفين فنسبه
من الام ثابت بيقين ونفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بامه وفي ذلك قذف
لامه لا محالة قيل يشترط ان يكون في حالة الغضب في هذه المسألة كالتي بعدها وقيل يجب الا يجب الحد
ههنا وان كان قذفه في حالة الغضب لجواز ان ينفي النسب عن ابيه من غير ان تكون الام زانية من
كل وجه بان تكون موطوءة بشبهة ولدت في عدة الواطي واجيب بان ما ذكرتم وجه القياس في هذه
المسألة ووجوب الحد فيها استحسان بالاثر قال في المبسوط ولكنا تركنا هذا القياس بحديث
ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه ومن قال لغيره في غضب
الى آخره ظاهر وطولب بالفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب لغيرها لست بابن فلان ولا
ابن فلانة وهي امه التي تدعى له حيث لا يكون قاذفا مع ان القذف موجود في هذا اللفظ واجيب بان
قوله ولا ابن فلانة نفي عن امه وانما ينفى عنها باشتفاء الولادة وكان نفيا للولادة ونفي الولادة نفي الوطي ونفي
الوطي نفي الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ذلك لانه نفي عن الوالد وولادة الولد ثابتة من امه فصار كانه
قال له انت ولد الزنا قال ولو قال له يا ابن الزانية ولو قال الرجل يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة
فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت فان الحد
يسقط ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد يعني الوالد
وان علا والولد وولد الولد وان سفل نقله صاحب النهاية عن الفقيه ابي الليث ثم قال لا وجد نص

ينبغي رحمه الله ونقله غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير لان العار يلحق به اي بكل واحد من الوالد والولد
لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وذكر ان التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان
المقذوف حيا غائبا فانه ليس لاحد ان يأخذ حده اذ ذاك واجيب بان الاصل في الباب هو المقذوف
لا محالة وغيره يقوم مقامه وبينه جزئية يقوم مقامه وانما يقوم الشيء مقام غيره اذا وقع الياس عن اصل
وانما يقع الياس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته وقوله وعند الشافعي ظاهر وقوله لما ذكرنا
يعني قوله لان العار يلحق به وقوله كما يثبت لولد الابن يعني بالاتفاق خلافا لمحمد فانه روى عنه
ان حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنى الى امه
وفي ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين ويتصل الولد بهما كذا من الطرفين ويثبت لولد الولد
حال قيام الولد قال زفر رحمه الله ليس لولد الولد حال قيام الولد التخاصم لان الشين الذي
يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد كالبعيد مع بقاء القريب في
ولاية النكاح فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب ولكنا نقول لحوق الحد
باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته اليه وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد
فانهما خصم بقيام الحد بخصومة بخلاف المقذوف فان حق الخصومة باعتبار ما نال القاذف
من عرضه مقصودا وذلك لا يوجد في حق ولده وبخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب
بقوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات وفي الحكم المرتب على العصوبة يتقدم الاقرب على الابعد
واذا كان المقذوف محصنا وهو ميت جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالبا بالحد خلافا لزفر فهو يقول
القذف تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس بطريق الارث عندنا لان حد القذف لا يورث
فكان كما اذا كان ميتا ولا له صورة ومعنى في رجوع العار اليه ولو كان ميتا ولا له صورة
ومعنى بان قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف وكذا اذا تناوله معنى
قيل قوله وليس طريقه الارث غير مفيد له في هذا المقام لانه لو كان طريقه الارث ايضا لم يكن له
ان يخاصم لان المانع عن الارث موجود وهو الكفر والرق وقيل حرر كلامه ان الحد انما لا يجب
في هذه الصورة على القاذف لقذفه ام المقذوف او لقذفه نفسه هذا الابن الكافر لا جائز ان يكون
لاجل امه لان الحد لا يورث ولا ان يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن وهو كما ترى ولنا انه عيره
بقذف محصن وهو ظاهر لان فرض المسألة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز ان يأخذ بحده لانه
تعسف الكمال فيقتضي زاجرا واشار المصنف الى هذا الكلام بقوله وهذا لان الاحصان في الذي نسب
الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده فجاز له ان يأخذ بالحد فان
قيل جاز ان يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم على المقتضي اجاب بقوله والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق
اي استحقاق اهلية الخصومة لان استحقاقها باعتبار لحوق الشين وذلك موجود في الولد الكافر
والمملوك لان الشين لا ينقطع بالرق والكفر بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لا يوجد التعيير
على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا قوله وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة
ولا الابن ان يطالب اباه او جده وان علا بقذف امه ولا امه وجدته وان علت بقذف نفسه لان
المولى لا يعاقب بسبب عبده قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فلما لم
يجب القصاص وهو المغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلان لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق
الله وسببه وهو القذف غير متيقن به لجواز ان يكون صادقا فيما نسبه اليه اولى وقوله
ولو كان لها ابن من غيره فله ان يطالب وقوله ويبطل ذلك تشبهه الاحكام اما الاحكام التي تدل على انه حق العبد

فهو انه يثبت بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وكذلك لا يثبت الا بخصومة
ما هو حقه بخلاف السرقة فان خصومته هناك للمال دون الحد حتى لو بطل الحد بمعنى الشبهة لا يبطل
المال ويقام هذا الحد على المستامن فانما يؤخذ المستامن بما هو من حقوق العباد وبعدم استيفاؤه
على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه باقراره الزنى والسرقة وشرب
الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه باقراره الزنى والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقء عين يبدأ
بالقصاص في العين لانه محض حق العباد وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من
الضرر بالتأخير لانه يخاف الفوت والله لا يفوته شيء ثم اذا برئ من ذلك يقام عليه حد القذف و
الاحكام التي تشهد على انه حق الله تعالى فهي ان استيفاءه الى الامام والامام انما يتعين نائبا
في استيفاء حق الله تعالى واما حق العبد فاستيفاؤه اليه ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب
مالا عند السقوط وقوله لان ما للعبد من الحق الى الاخر قيل فيه نظر لانه يلزم ان لا يكون حق
العبد غالبا اذا اجتمع الحقان اصلا وهو خلاف الاصول المنقولة فان القصاص مما اجتمعا فيه
وحق العبد غالب واعترض بانه من الاحكام ما ينافي الحقين جميعا وهو انه يسقط بموت المقذوف
وبعفو الخصم لا يسقط به واجيب بانا لا نقول انه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم
شرطه فان الشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق فيه الخصومة بعد موته وقوله ومن اصحابنا
من قال الخ يريد به صدر الاسلام ابا اليسر فانه ذكره في مبسوطه والصحيح ان المغلب فيه حق العبد كما
قال ان في جملة الشهادات اكثر الاحكام تدل عليه والمعقول يشهد له لما ذكرنا ان العبد منتفع به
على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص الا انه فوض اقامته
الى الامام لانه لا يهتدي كل احد الى اقامة الجلد وقوله وتخرج الاحكام اي الجواب عن الاحكام
التي تدل على انه حق الله تعالى بجواب يوافق المذهب فقال في التفويض الى الامام ما ذكرنا ان
كل احد لا يهتدي الى اقامة الجلد وقال في عدم الارث ان عدمه لا يستوجب كونه حق الله تعالى
كالشفعة وخيار الشرط لان الارث يجري في الاعيان واجاب عن كون القصاص يورث بانه في معنى
ملك العين لانه يملك اتلاف العين ومالك الاتلاف مالك العين عند الناس فان الانسان لا يملك اتلاف
الطعام الا بالاتلاف وهو الاصل فصار من عليه القصاص كالمملوك بمنزلة القصاص وهو باق فيملكه
الوارث في حق استيفاء القصاص وقوله والاول وهو ان الغالب فيه حق الله اظهر قال في النهاية لما ذكرنا
من دليل غلبة حق الله تعالى فيه ولان عامة اصحابنا عليه فكان الاخذ بقول عامة العلماء اظهر والتالي في
الظهر وقوله ومن قال لعربي يا نبطي ظاهر والنبطي جيل من الناس بسواد العراق وسئل ابن عباس رضي الله عنهما
عن رجل قال لعربي يا نبطي فقال لا حد عليه وقوله لما قلنا يعني قوله لانه يراد به التشبيه في الاخلاق وقوله
لانه انما يراد الخ اي في عدم الفصاحة وماء السماء وهو لقب لابي المزيقيا والمزيقيا هو عمرو بن عامر
لقب بالمزيقيا لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما ويكره ان يعود فيهما ويأنف ان يلبسهما غيره وابوه
عامر بن حارثة الازدي كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا وقوله
واسمعيل كان عمه اي ليعقوب فان اسمعيل واسحق ابنا ابراهيم ويعقوب بن اسحق فكان اسمعيل عما
له والمذكور تحت الاية يدل على ان العم يسمى ابا وقوله ومن قال لغيره زنأت في الجبل بالهمز وقال عنيت صعود الجبل
حد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه الصعود حقيقة واستشهد المصنف لذلك بقول
الشاعرة ● وارق الى الخيرات زنأ في الجبل ● وقال وذكر الجبل يقرره اي يقرر الصعود مرادا لكونه
المهموز للصعود حقيقة وقوله ولهما انه يستعمل الخ واضح وقيل كلامه يشير الى ان المهموز مشترك بين

الفاحشة والصعود وحالة الغضب والسباب يعين احد المحتملين عندهما وعند محمد انه حقيقة في الصعود
مجاز في الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لان اللفظ اذا دار بين كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالثاني
يترجح على الاول لعدم اخلاله بالفهم ولان الناس باب الحد يحتال للدرء وقوله لما قلنا اشارة
الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على وقوله للمعنى الذي ذكرنا اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب
تعين الفاحشة مرادا وقوله ومن قال لاخر يا زاني الخ ظاهر واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا
في الثاني بان المراد بالاول هو قوله يا زاني وما هو خبر اصلا ولعل المراد ان المراد بالخبر هو الخبر حينئذ يستقيم الكلام
لان الخبر الخاص يجوز ان يستعار للاعم وقوله ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت على ما ذكره في الكتاب
ظاهر وقوله لانه المحدود في القذف ليس باهل اللعان ودليله ان اهلية اللعان بعمل اهلية الشهادة وقد
حد القذف فبطل اهلية الشهادة المحدود في القذف وقوله ولا ابطال في عكسه اصلا يعني لو قدمنا
اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة لان احصان الرجل لا يبطل بجريان اللعان بينهما غاية ما في الباب ان
اللعان في حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن ان يكون عفيفا عن فعل الزنا فيجب حد
القذف على المرأة احتيالا للدرء اللعان الذي هو بمعنى الحد وقوله ولو قالت زنيت بك يعني في جواب
قوله لها يا زانية وقوله لانعدامه اي لانعدام التصديق من الزوج وقوله ويحتمل انها ارادت زنيت معك اي ما كان
معك بعد النكاح اعترض عليه بان الوطء بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محملا واجيب بان الزنى يطلق على الوطء
بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى بل يداه مبسوطتان حملها على ذلك الكلام لان الوجه فيه غيظها باطلاق تلك
الكلمة وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج وفي حال يجب الحد عليها
ولا يجب اللعان فوقع الشك وكما قلنا انه لا حد ولا لعان وقوله لان اي اللعان حد من حيث انه
ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية واذا بطل
التكاذب باكذاب الرجل نفسه يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين اي في الوجه الذي نفى
ثم نفى وعكسه وقوله لاقراره سابقا اولا او لاحقا فيما اذا نفاه ثم اقر به وقوله واللعان يصح بدون
قطع النسب جواب عما يقال ان سبب اللعان هنا نفي الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجري بينهما
اللعان لان بطلان المتضمن يقتضي بطلان المتضمن ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة
اللعان فاعتبر كل واحد منهما احتيالا لنسبته الى الزنى ومن نفى الولد منفصلا عن الاخر فيما
نسبها الى الزنا من غير نفي الولد بان قال لها يا زانية وفيه اللعان فكذا هنا لان الشرع اذا تلاعنا
مدة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال لست بابني ولا بابنك ظاهر وقوله او قذف
الملاعنة بولد بفتح العين هكذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه وتجوز ان يكون بكسر العين ومعناه
التي لاعنت بولد كذا في الكافي وقوله بولد يتصل بالملاعنة وقوله فات العفة شرط وجوب حد القذف
على القاذف وهي فائتة فلا يجب الحد وقوله ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد ظاهر فان قيل اللعان
قائم مقام حد الزنا في حقها فقد وجد امارة الزنا منها فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا
قلنا بل لكنه قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض
الوجهان فتساقطا فبقي القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية وجدت
بخط شيخي رحمه الله في حل هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة
الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها قال
ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه اعلم ان الوطء الحرام بالقسمة الاولية على نوعين احدهما حرام لعينه
والاخر لغيره والاول ما تشابه حرمته شبهة حصوله في غير الملك من كل وجه كوطء الاجنبية او من وجه

كوطء الجارية المشتركة بينه وبين غيره وحصوله في المرأة هي حرام على الواطئ حرمة مؤبدة كوطء امته وهي اخته
من الرضاع وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني كوطء امته المجوسية ووطء امته الاختين والقاذف
في النوع الاول يوجهه لا يحد حد القذف لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولا القاذف صادقا
لان الزنا هو الوطء الحرام لعينه وابو حنيفة رحمه الله شرطان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع
كموطوءة الاب بعد ملكه النكاح او ملك اليمين اذا اشتراها او بالحديث المشهور كحرمة
وطء المنكوحة بلا شهود فانها ثابتة بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وهو مشهور وفي النوع
الثاني يحد لان الحرمة فيه تعارض على وجه الزوال لان الحرمة في المجوسية اذا اسلمت او اخرج
احد الاختين عن ملكه حل له الوطء فلم يكن زنا فيحد قاذفه وبقية كلامه ظاهر **وقوله** وهذا هو الصحيح
احترز عن قول الكرخي فانه يقول بوطئها لا يسقط احصانه لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو
مبيح لا يسقط احصانه لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو مبيح لا يسقط احصانه كوطء امرأته
الحائض او المجوسية اي التي ظاهر منها او المحرمة او امته التي زوجها او هي في عدة من غيره لان
ملك الحل قائم مع بقاء سببه ووجه ظاهر الرواية ان بين الحل والحرمة في المحل تنافيا فمن ضرورة
ثبوت احدهما ينتفي الآخر والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفي الحل **وقوله** لان ملك الحل قائم مع بقاء سببه
قلنا السبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل لا يثبت ملك الحل
فكان فعله في معنى الزنا **وقوله** لمكان اختلاف الصحابة يعني في انه هل يحرم ام لا وسيجيء في كتاب المكاتب ان شاء الله تعالى **وقوله** وقد مر في النكاح اي في باب نكاح اهل الشرك **وقوله**
فعند ذلك يلزمه حد القذف في ظاهر الرواية وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله اولا لا يحد لان المغلب فيه حق
الله تعالى على ما ذكرنا بمنزلة حد الزنا ووجه ظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب وهو واضح **وقوله**
لان هذه شهادة انما استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بانه انما استفاد اهلية الشهادة
على المسلمين فاما على اهل الذمة فقد كانت الاهلية موجودة وقد صارت مجروحة باقامة الحد عليه
ولحقه باته لئن كذلك لكن الاستفادة بالاسلام اهلية الشهادة على اهل الذمة تبعا لاهلية الشهادة على
المسلمين وهذه عرضها كانت حين اقيم عليه الحد فانها كانت بطريق الاصالة على اهل الذمة وهذه
بطريق التبعية للمسلمين فان اهلية الشهادة وعلى طريق تقتضي اهليتها على الاجنبي ولقائل ان
يقول سلمنا وجود المقتضي لكن المانع وهو الرد والا موجود **وقوله** بخلاف العبد جواب عما يقال العبد
اذا قذف وضرب الحد ثم اعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر اذا اسلم وكلامه ظاهر
واعترض بان المعقول هاهنا انعكاس حكمهما لانه لما كان للكافر شهادة في جنسه تجعل ابتداء شهادته
بحد القذف تتميما لحد القذف ثم يدوم ذلك الرد الى ما بعد الاسلام ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء
اصلا لم يتعلق حال وجوده موجبا لرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك واجيب بانه
شهادته التي كانت في جنسه مردودة بحد القذف قبل الاسلام ولكن الشهادة المقبولة هي شهادة
المسلم اكتسبها بالاسلام فلا ترد ولم يتعلق في العبد بانعدام الموجب انقلب موجبا وانما توقف على
انجابه الحدين لامكان الموجب وهو الرد **وقوله** وان ضرب سوطا في قذف ظاهر واعترض بان المقام
بعد الاسلام ثم تعقب الحد فالمقام قبل الاسلام كذلك فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما اقيم بعد
الاسلام فكذلك لا يصح ان يكون صفة لما اقيم بعد الاسلام فكذلك لا يصح ان يكون صفة لما اقيم
قبل الاسلام بل جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار
للوصف الاخير على ما عرف في موضعه والجواب انا لم نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الاسلام ولا للمقام

بعده وانما قلنا ان الرد صفة للحد والحد تمامه لم يوجد فلم يترتب التتمة وقيل في الجواب النص ورد
بالامر بالحد والنهي عن قبول وكل واحد منهما غير مترتب على الاخر نصا فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن
زمان النهي بشهادة قائمة للحال فيتعقيد به وعن ابي يوسف انه ترد شهادته والا قل تابع للاكثر
فكان الكل وجد بعد الاسلام وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ايضا والاول اصح لما ذكرنا ان
النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الى الاخر **وقوله** ومن قذف او زنا الى الاخر ظاهر ذكر
في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة او بكلمات متفرقة بان قال يا زيد انت
زان ويا عمرو انت زان ويا خالد انت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعي رحمه الله
ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف
عنه فلا يجري فيه التداخل عندنا لاختلاف السبب وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى وهو مشروع الزجر
فيجري فيه التداخل كسائر الحدود

فصل في التعزير

لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب والسنة المشهورة ذكر في هذا الفصل
الزاجر الذي هو دونها في التقدير وقوة الدليل وهو التعزير وهو تاديب دون الحد واصله من
العزر بمعنى الرد والردع والاصل في هذا ان من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير
قال في الفتاوى الظهيرية اعلم بان التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن
وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس ولم يذكر محمد
رحمه الله التعزير باخذ المال وقد قيل روي عن ابي يوسف رحمه الله ان التعزير من السلطان
باخذ المال جائز وذكر الامام التمرتاشي ان التعزير الذي يجب حقا لله تعالى يلي اقامته كل احد بعلة
النيابة عن الله تعالى **وقوله** ولمن قذف عبدا او امة ظاهر **وقوله** في الجناية الاولى يعني اذا قذف عبدا
او امة او ام ولد بالزنا لانه اي القذف بالزنا من جنس ما يجب فيه الحد **وقوله** في الثانية يعني قوله
يا فاسق الى الآخر **وقوله** لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه قيل لم يلحق الشين القاذف لان
كل احد يعلم انه آدمي وانه القاذف كاذب **وقوله** صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من
المعتدين تعلق بحقيقته بلغ من البلوغ وهو الشيء واما ما يجري على السنة العوام من التثقيل فتصحيف على
حذف المفعول الاول وفيه نوع تحريف بالتامل الصحيح وارى ان يكون تقديره من بلغ الضرب حدا
في غير حد فهو من المعتدين فاذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد
وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وهذا احق لانه من اعتبر
حد الاحرار فقد بلغ حدا وهو حد العبد في القذف والشرب في الحديث بما فيه ووجه نقصان السوط
الواحد في المذهبين جميعا هو ان البلوغ الى تمام الحد تعذر وليس بعده تقدير معين كربع او ثلث او عشر
فيصار الى اقل ما يمكن التيقن به نظيره وقت الصلاة فان الكل لما لم يمكن ان يكون سببا ولا شرعية جزء
معين صير الى اقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يتجزى وكلامه واضح **وقوله** فيفرق على الاعضاء الا الوجه والرأس والفرج لما
قلنا من حد الزنا يعني ذلك فيه اكثر الجلدات **وقوله** والقذف بغير الزنا من حد القذف يعني فيكون فيه اقل الجلدات
وقوله لانه لا يصلح الحبس يصلح تعزيرا **وقوله** وقد ورد الشرع به اي بالحبس وهو ما روي ان رسول الله صلى الله

عليه وسلم حبس رجلا للتعزير **وقوله** ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة لا يصلح ان الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير اي لم يشرع الحبس بسبب التهمة في الشيء الذي يوجبه يثبت قبل ثبوته بان شهد شاهد مستور ازيد على انه قذف محصنا فقال يا فاسق او يا كافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحبس يحبس بالتهمة لانه في باب الحد شيئا آخر فوق الحبس وهو اقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز ان يحبس في تهمته لمناسبة اقامة العقوبة الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفي باب الاموال التعزير يحبس بالتهمة لانه الاقصى فيها عقوبة الحبس فلو حبسنا بالتهمة فيه لكان اقامة العقوبة الاعلى بمقابلة الذنب الادنى وهو مما يأباه الشرع ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير كان الحبس بتهمة موجب الزنا قلنا كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للامام ان يضمه الى الضرب ان رأى ذلك كما قال الامام الزكي في تقرير الضربات كذلك في ضم الحبس الى الضرب **قوله** واشد الضرب التعزير قال في الجامع الكافي وضرب التعزير اشد من ضرب الزاني وضرب الزاني اشد من ضرب الشارب وضرب الشارب اشد من ضرب القاذف وضرب القاذف اخف من جميع ذلك وانما كان ضرب التعزير اشد لانه ناقص المقدار وهو خفيف فلا يخفف ثانيا في وصفه كيلا يؤدي الى تفويت المقصود وهو الزجر واختلف المشايخ في شدته قال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع ويدل على ذلك ما روى ابو اعين وغيره ان رجلا اقام على ام سلمة رضي الله عنها فضربه عمر في طريق التعزير ولعل المصنف اختاره **قوله** وهذا التخفيف من حيث التفريق على الاعضاء فلذلك كان البيان عنه عبارة عن عدم التفريق تلزم توضيح المبني بنفسه **وقوله** ثم حد الزنا ظاهر **وقوله** ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر ذكر مسئلتين احدهما مبنية على الامر وهو لا يقتضي السلامة في اتيان المأمور به والاخرى على الاطلاق وهو يقتضيها والفرق بينهما ان الامر لطلب المأمور به وهو من الاثبات وهي لا تقبل التعليق بالشرط لانه حينئذ يشبه القمار ولانه لما وجب على المأمور ذلك الفعل بالامر فيأتي المأمور به وسعه غير مقيد بالسلامة لانه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيتقي المأمور في ضيق الوجوب واما الاطلاق فاسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة ولان الفعل المطلق اختيار فاعله لانه حق الفاعل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فينبغي ان يتقيد بوصف السلامة لانه لا ضرر في وصف ترك السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رحمه الله في التعزير يجب الدية في المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى بامره فصار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

كتاب

باب السرقة

لما فرغ من ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع بذكر المزاجر المتعلقة بصيانة الاموال لان صيانة النفس قدم من صيانة المال والسرقة في اللغة عبارة عما ذكر في الكتاب وقوله تعالى الا من استرق السمع معناه استمع اليه على سبيل وجه الخفية **وقوله** وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة وهي ان يكون السرقة اخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة فالمعنى اللغوي وهو اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية ملحوظ فيها مراعى قال صاحب النهاية اعلم ان ما نقله الشارع الينا على ثلاثة اقسام احدها ما هو المقرر على ما انبأنا

به اللغة

به اللغة من كل وجه كالصلاة والزكوة والصوم فان الصلاة شرعا عبارة عن الاركان المعهودة وليس لها انباء لغوي وكذلك في غيرها والثالث ما انبأنا به اللغة مقرر مع زيادة شيء فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرنا وفيه نظر لان الصلاة في اللغة الدعاء وهي مقررة في الشرع مع زيادة اوصاف وكذلك الصوم هو الامساك والزكاة هو النماء والحج هو القصد والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة اوصاف ويمكن ان يجاب عنه بانه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين **وقوله** كما اذا نقب الجدار على الاستسرار ينظر بما يكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتداء وترك نظر الاول الظهور وكان القياس ان لا يقطع فيما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة اي مقاتلة بسلاح لان ركن السرقة الاخذ على سبيل الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الاخذ فان الاخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا يوجب القطع لانهم لو اعتبروا الخفية وقت الاخذ لامتنع القطع في اكثر السرقات لان اكثرها في الليالي يصير مغالبة في الانتهاء لانه وقت لا يلحق الغوث **قوله** او من يقوم مقامه يعني المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن **قال** رحمه الله اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه على ما سنظهر لك معناه وجب القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما فان الحكم اذا ترتب على صيغة كان مصدرها علة له كما عرف والآية وان كانت عامة لكنه لم يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب الشرع فهو تكليف ولا تكليف الا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء واما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الامصار واما اصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري استدلالا بظاهر الآية فانه ليس فيها ما يدل على النصاب بل ذلك بخلاف كونه مالا محرزا فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان اخذ المباح يسمى اصطيادا او احتطابا وكذلك ما ليس بمحرز فان اخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ وقلنا معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لانه مشتق من السرقة وهي العطية من الحرز فلا بد من التقدير بمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي والتقدير بعشرة دراهم لقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود رضي الله عنهما **وقوله** واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا بيان لقوله عشرة مضروبة والقيد لا يعلم به بلفظ الدراهم المذكورة في الحديث والمراد بالكتاب القدوري **وقوله** هو الاصح احترازا عما روى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنهما ان يد السارق لم تقطع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن مجن حجفة او ترس وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته ثلاثة دراهم وقد اخذ به مالك وروت عائشة رضي الله عنها موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبه اخذ الشافعي رحمه الله فانه وقع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلاثة دراهم كانت ربع دينار ويعارضهما ما ذكر في السنن وشرح الآثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى الاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار الحديث والى المعقول وهو ان العمل بالاكثر ههنا يستلزم العمل بهما مع اشتماله على الاحتيال للدرء فوجب العمل به **قوله** والعبد والحر في القطع سواء قدم ذكر العبد على الحر لكونه اهم لان عدم التساوي انما يتوهم من جهته

وكلامه واضح وبيانه قوله ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة واحدة لانها تظهر بشهادة شاهدين وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة ~~لانها تظهر بشهادة شاهدين~~ كالقصاص وحد القذف وغيرهما وكل ما يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفى به فلا حاجة الى الزيادة واذا تمهد هذا البيان فجعلت الاعتراض بان الزنا ايضا يظهر بالاقرار مرة ساقطا **وقوله** ولا اعتبار بالشهادة جواب عن قياس احدى الحجتين بالاخرى ببيان الفارق وهو ما ذكر ان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة فيه **وقوله** وباب الرجوع جواب عما يقال انما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما في الزنا ووجه ذلك انه لو اقر مرة او اكثر ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لانه لا مكذب له فيه بخلاف الرجوع في حق المال فانه لم يصح لان فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح فظهر بهذا ان لا فائدة في تكرار الاقرار لا في حق القطع ولا في حق اسقاط ضمان المال بالاقرار **وقوله** واشتراط الزيادة في الزنا جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا في الزنا وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة بقوله كيف سرق لجواز انه نقب البيت وادخل يده واخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ماهيتها لجواز ان يكون المأخوذ شيئا تافها لا قطع فيه وهذا مشكل لان ماهية السرقة بما قدمنا لا يعرفها الا احاد الفقهاء فيحتاج الى حصول الفقه شرطا للظهور وفي ذلك سد باب القطع وعن زمانها فيما ثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن القطع لوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه لا يبطلها لعدمها فلا يسأل عن الزمان فان قيل التأخير تأخير الشهادة ههنا غير متهم لانه لا تقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي ان لا يسأل عنه اذا ثبت بالبينة كما لا يسأل فيما اذا ثبت بالاقرار قلنا ان الجواب تقدم في باب الشهادة على الزنا وعن مكانها لجواز انه سرق من غير الحرز او في دار الحرب وقال في المحيط ويسألهما عن المسروق منه ايضا لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه او احد الزوجين ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود يشهدون بالسرقة منه فلا حاجة الى السؤال عن ذلك **وقوله** ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود وحبس المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة فيحبس لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة **وقوله** واذا اشترك جماعة ظاهر ويستشكل بما اذا قتل جماعة واحدا فانه يقتل كلهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال واجيب بان القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزى فيضاف الى الكل والى واحد منهم كملا والله اعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقا يوجب القطع ومسروقا لا يوجبه وان وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان الواجب ان يذكر قوله واذا اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب لانه ان اصاب كل واحد منهم نصابا كان مما يقطع فيه وان اصابه اقل كان مما لا يقطع فيه لان هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب **قوله** لا قطع فيما يوجد تافها ظاهر والمراد بالمغرة بالفتحات الثلاث الطين الاحمر وتسكين الغين فيه لغة **وقوله** وما يوجد جنسه مباحا **وقوله** كخشب بصورته احترازا عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان في سرقتها القطع وان كان اصلها من الخشب واصل الحصير يوجد مباحا

لتغيرها

لتغيرها عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة **وقوله** غير مرغوب فيه نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فانها توجد مباحة في دار الاسلام لكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهي ان تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع ووجه الظاهر انها ليست تافهة جنسا فان كل من يتمكن من اخذه لا يتركه عادة **وقوله** تقل الرغبات فيه جملة استئنافية **وقوله** والطباع لا تضن به اي لا تبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء بالكسر ايضا **وقوله** فقلما يوجد اخذه على كره من المالك اي قليل وجود ذلك الدلالة بالمالك عند اخذ هذه الاشياء منه بل يرضى بالاخذ تحرزا عن لحوق سمة الخساسة اليه وتباعدا عن نسبته الى الدناءة الطبيعية فلا حاجة الى شرع الزواجر **وقوله** والطير يطير والصيد يفر يعني لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا شرع الزواجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلتحق على الابواب **وقوله** وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اي فيما يوجد جنسه مباحا وهو على تلك اي على الصفة التي كانت عليها وهي مشتركة محترزة عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب كما ذكرنا تورث الشبهة اي شبهة الاباحة بعد احرازه والحد يندرئ بها اي التعيين **وقوله** لما ذكرنا يعني قوله الطير يطير والصيد يفر والسمك المالح هو المقدد الذي فيه الملح **وقوله** والحجة عليهما ما ذكرناه يعني حديث عائشة رضي الله عنها وما ذكر بعده والجمار بضم الجيم وتشديد الميم شيء ابيض يقطع من رؤوس النخل ويؤكل والودي صغار النخل **وقوله** كالمهيا للاكل يعني مثل الخبز واللحم وانما لم يقل لانه يقطع في الحنطة والسكر بالاجماع اذا لم يكن العام عام مجاعة وتحفظ لما اذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد او لا **وقوله** كاللحم والتمر اللحم راجع الى قوله كالمهيا للاكل منه والتمر راجع الى قوله وما في معناه فكان في كلامه لفا ونشرا وقال الشافعي رحمه الله يقطع فيها اي فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام والجرين للزبيب وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يجفف فيه التمر والجران مقدم عنق البعير من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز ان يسمى الجراب المخشنة فكان المراد منه احد الطرفين ويجوز ان يكون الشك من الراوي قلنا اخرجه على وفاق العادة فان في عادتهم ان الجرين لا يوضع الا اليابس من التمر وفيه القطع في الرواية المشهورة **قوله** ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع لا قطع في الفاكهة على الشجر وكان هذا معلوما من قوله والفاكهة الرطبة لكن اعاده تمهيدا لقوله والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز فيها ولا قطع في الاشربة المطربة اي المسكرة قال في الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن او سرور وفسر السكر في اصول الفقه بانه غلبة سرور في العقل فالتقيا في معنى السرور فلذلك استعير الاطراب للاسكار قال الامام التمرتاشي لا قطع في الاشربة المطربة المسكرة وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة **وقوله** لان بعضها ليس بمال اي بمال متقوم كالخمر وفي مالية بعضها اختلاف يعني كالمثلث والباذق وماء الذرة والشعير لانها عند ابي حنيفة متقومة خلافا لهما وانما قيد بالاشربة لانها لو كانت مطربة بالماء ذكر في الايضاح ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد كذا في النهاية ونقل الناطفي عن كتاب المجرد عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال لا قطع في الخل لانه قد يصير خمرا مرة ولا في الطنبور لانه من المعازف والمعازف آلات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب **وقوله** ولا في سرقة المصحف ظاهر والصليب شيء مثلث كالتمثال تعبده النصارى والشطرنج بكسر الشين والنرد معرب فانه ولا قطع فيهما وان كانتا من ذهب او فضة **وقوله** وان كان الصليب في المصلى اي في موضع صلاة النصارى وهو معبدهم **وقوله** وما عليه من الحلي تابع لا يقال يجوز ان يكون مقصوده من الاخذ هو الحلي فلا يكون

تاما لانه لو كان ذلك مقصودة لاخذ الحلي وترك الصبي وقوله لانه لا يجب القطع بسرقته وكذا
فكذا مع غيره معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع لا يسقطه كما لو سرق
ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مصرورة وقوله وعلى هذا اذا سرق آنية فضة فيها طعام والدفاتر
جمع دفتر وهي الكراريس ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير او الحديث او الفقه لان المقصود منها ما فيها
وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال
متقوم فاذا بلغ قيمته نصابا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه في عدم
وجوب القطع لكونها يحتاج اليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن والحاجة وان قلت كفت لايراث
الشبهة ومن الناس من الحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة احكام الشرع ولا
قطع في سرقة كلب ولا فهد وهو ظاهر ولا في دف ولا طبل والدف بضم الدال وفتحها الذي يلعب به
فهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو فاما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ واختار
الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح للهو فتمكن فيه الشبهة وقوله لان عندهما
لا قيمة لها يدل على ان متلفها لا يضمنه وعند ابي حنيفة وان كان يجب الضمان على المتلف فهي متقومة
لكن آخذها يتاول الكسر فكان ذلك شبهة والساج خشب يجلب من الهند والقنا بالقصر جمع قناة وهي
خشبة الرمح والآبنوس بالمد وفتح الباء وقوله ولا يوجد بصورتها مباحة في دار الاسلام اما فيه
بدار الاسلام لان الاموال كلها باقية على الاباحة في دار الحرب وقوله واذا اتخذ من الخشب اواني فرق
بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل ففي الخشب تغلب الصنعة على الجنس
فتخرجه عن الجنس المباح بازدياد يحصل في قيمته ويحرز بحيث انهم يدخلونه في الحرز واما الحشيش فليس
كذلك فلهذا لم نعتبره في عدم الحرز حتى لو غلبت الصنعة على الاصل كالحصر البغدادية يجب القطع وقوله
وانما يجب القطع اي في الابواب غير المركب بالجدار لانها اذا كانت مركبة في الجدار فقلعها واخذها فانه
لا يقطع لان القطع انما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به واما في البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب
المركبة فلا يكون محرزة فيكون هذا في الباب البراني واما في الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لانه
محرز بالبراني وقوله وانما يجب اذا كان مختفيا ظاهر وقوله ولا قطع على خائن لخيانة هو ان يخون المودع
ما في يده من الشيء المأمون ولا انتهاب اي اخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة او قرية
والاختلاس ان ياخذ من البيت بسرعة جهرا والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله ولا قطع على النباش
اختلف الصحابة رضي الله عنهم في مسألة النباش فقال عمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير يجب
القطع على النباش وقال ابن عباس رضي الله عنه لا قطع عليه وقد اتفق على ذلك من الصحابة من بقي في
عهد مروان على ما روي انه نباشا اتي به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يبينوا فيه شيئا فعزره
اسواطا فلم يقطعه وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله وبالاول اخذ ابو يوسف والشافعي رحمهما
الله لقوله صلى الله عليه وسلم ومن نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما
انه مال متقوم فلا شبهة فيه فان النباش الثوب الميت لا يخرجه عن التقوم واما انه محرز فلانه
ليس بمضيع الا ترى ان الاب والوصي اذا كفنا الصبي من مال الصبي لا يضمنان وما لا يكون
محرزا يكون مضيعا وفيه الضمان واما قوله بحرز مثله فحرف الجرف بينة الطي وحرز كل شيء
معتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من اصطبل لم يقطع واذا سرق
شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لا يقطع لان الثياب لا تحرز بالحظيرة اذا كانت
بالهيئة بحيث تمنع اخراج الشاة دون دخول الآدمي واخراج سائر الاموال وقوله ولهما اي لابي حنيفة

ومحمد وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وقوله وان كان القبر في بيت مقفل بسكون القاف من اقفل الباب
وقوله فهو على الخلاف في الصحيح بيانه ما قال في المبسوط واختلف المشايخ فيما اذا كان القبر في بيت
مقفل فسرق قال والاصح عندي انه لا يجب القطع سواء كان نبش الكفن او سرق مالا آخر من ذلك البيت
لانه بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك البيت فان لكل احد من الناس تاويلا بالدخول فيه اختل
صفة الحرز في ذلك البيت فان لكل احد من الناس تاويلا بالدخول فيه لزيارة القبر وكذلك اختلفوا
فيما اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت فمنهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس الائمة
والاصح عندي انه لا يجب القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررنا
وقوله لما بينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفي والمعقول وهو قوله لانه
لا ملك للميت حقيقة وقوله ولا يقطع السارق من بيت المال ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى ما يفهم
من قوله لانه مال العامة وهو منهم فانه يفهم من ذلك ان للسارق فيه حقا لما قلنا اشارة اليه وقوله
والحال والمؤجل فيه اي في عدم القطع سواء اما اذا كان حالا فظاهر واما اذا كان مؤجلا فلان التاجيل
لتأخير المطالبة واما نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة ايضا والقياس ان يقطع لانه
سرق ما لا يباح له الاخذ كما لو سرق من خلاف جنسه ووجه الاستحسان ان الاخذ ان لم يكن مستحقا
لمكان الاجل كان له شبهة الاخذ وهي كافية للدرء وقوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه ظاهر وقوله
لانه له ان ياخذ عند بعض العلماء يريد به ابن ابي ليلى فانه يقول ان ظفر بخلاف جنس حقه كان له ان
ياخذ رهنا بحقه واختلاف العلماء يورث الشبهة قلنا هذا القول لا يستند الى دليل ظاهر اذ القياس
انه لا يأخذ الا جنس حقه في الدين لحال الاتحاد في الوصف والحقيقة وهذا عين لكن تركناه فيه
لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس لحصول التفاوت فلا يترك القياس فلا يعتبر بدون اتصال
الدعوى به حتى لو ادعى ذلك اي انه اخذ قضاء لحقه او رهنا به درئ الحد عنه لانه فعله في موضع
الاجتهاد فلا ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك الظن وقال عندنا وقوله ولو كان حقه دراهم ظاهر
وقوله وقيل لا يقطع قيل هو الاصح لان النقود جنس واحد كما في الزكاة والشفعة وقوله ومن سرق
عينا ظاهر وقوله لان التثنية متكاملة كالاولى ووجه التثنية هو ان المتاع يعتبر في حق المسروق منه
في حق السارق كعين اخرى في حكم الضمان حتى لو غصبها او اتلفها كان ضامنا فكذلك في حكم القطع
لانه مال معصوم كامل المقدار اخذ من حرز لا شبهة فيه وبهذه الاوصاف لزمه القطع في المرة الاولى
فكذلك في المرة الثانية واما كونه اقبح فظاهر لتقدم الزاجر وقوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة
المحل على ما يعرف من بعد اشارة الى قوله بعد اوراق ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق
بعد ما قطعت يمينه الى آخره وسقوط عصمة المحل يوجب نفي القطع فانه قبل العصمة فان سقطت
بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك اجاب بقوله وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة
السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه فقوله نظرا الى اتحاد الملك احتراز
عما لو تبدل الملك في ذلك وهو جواب عن قوله كما اذا باعه المالك من السارق الى آخره وقوله والمحل احتراز
عما اذا تبدل المحل كما في صورة الغزل وهو قوله فنسج بقوله فانه تغير عن حالها مثل ان يكون غزلا
الى آخره وقوله وقيام الموجب اي موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع وقوله
بخلاف ما ذكر يعني ابا يوسف من صورة البيع لان الملك قد اختلف باختلاف سببه واصله حديث بريرة
رضي الله عنها وهو معروف وقوله ولان تكرار الجناية معطوف على قوله ولنا ان القطع وهو دليل آخر
وتقريره تكرار الجناية منه بالعود الى سرقة ما قطع فيه نادر لتحمله مشقة الزاجر والنادر يعرى عنه

مقصود الا قامة فانه قبل نظير مسئلتنا حد الزنا في كون الحد في كل واحد منهما خالص حق الله تعالى ثم حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد حتى ان من زنا بامرأة فحد ثم زنا بتلك المرأة مرة اخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد خصوصا على اصل الخصم وخصومة المقذوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى اجيب بان حد القذف نظير مسئلتنا من حيث ان هذا الحد لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من شخص واحد في محل واحد كحد القذف والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا ان الحد في الزنا انما هو باعتبار المستوفى والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى في المرة الاولى **وقوله** فان تغيرت عن حالها ظاهر بالجر عطف على قوله من الحاد والله اعلم بالصواب

فصل في الحرز والاخذ منه

لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق محرزا ذكر ما الاحرز وفرع عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف ثم العلة في سقوط القطع عن قرابة الولاد امران البسوطة في المال وفي حق الدخول في الحرز وعن ذي الرحم المحرم امر واحد وهو البسوطة في الدخول في الحرز ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف على ما سيجيء في كتاب الكراهية **وقوله** وفي الثاني يعني ذي الرحم المحرم خلاف الشافعي رحمه الله فانه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع لوجود الحرز **وقوله** وان سرق من امه من الرضاع ظاهر **وقوله** والمحرمية بدونها اي بدون القرابة لا تحترم اي لا تجعل الحرز محترمة قريبة عادة كما اذا ثبتت يعني المحرمية بالزنا فانه اذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنا بها لا يعد شبهة في قطع اليد بل يقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة **وقوله** واقرب من ذلك اي من الحرمة الثابتة بالزنا الاخت من الرضاعة يعني ان الام من الرضاع اشبه الى الاخت من الرضاع في اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع فيجب ان يكون من بيت امه من الرضاع كذلك ووجه الاقربية ان الحاق الرضاع اقرب من الحاقه بالزنا **وقوله** وهذا اي القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب فاذا سرق احد الزوجين من الاخر ظاهر **وقوله** ودلالة معناه انها لما بذلت نفسها وهي انفس من الاموال فلان تبذل المال اولى وهو نظير الخلاف في الشهادة فان شهادة احد الزوجين لا تقبل للاخر عندنا وعنده تقبل في احد قوليه فلهذا اولى لان هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلان تمنع القطع وهو مما يندرئ بالشبهات اولى **وقوله** وهو مأثور عن علي رضي الله عنه دراية وتعليلا نريد به ما روي عن علي رضي الله عنه انه اتي برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا **قال** والحرز على نوعين الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويكون ان يقال هو ما يقصد به حفظ الاموال وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو ما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال كالدور والبيوت

والصندوق

والصندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر وحرز بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فانه محرز به وكل واحد منهما ينفك عن الاخر وقد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وهذا ليس بحرز لانه لم يقصد به الاحراز واذا سرق من البيت وان لم يكن له باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده يقطع لان الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ فلو سرق من بيت ما اذن له بالدخول فيه لكن ماله يحفظه لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان **وقوله** هو الصحيح احترازا عما ذكر في العيون انه عند ابي حنيفة رحمه الله يقطع وجه الصحيح ان الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختفيا به واما الحرز بالحافظ فانه وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفي به ثم الحرز بالمكان لا يجب القطع بفعله الا باخراج المتاع منه لقيام يده قبله والحرز بالحافظ يجب القطع فيه اذا اخذ المال لو ان يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة وهذا ايضا مما يدل على ان الحرز بالمكان اقوى ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لان النائم عند متاعه يعد حافظا لمتاعه **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا ان صاحب المتاع انما يكون محرزا لمتاعه في حالة النوم اذا جعل المتاع تحت رأسه او تحت جنبه اما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا له في حالة النوم اخذوا ذلك من قوله في الاصل المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه الحانه انما يقطع اذا نام عليه وقال الحلوائي شمس الائمة وقال المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قاله في الفتاوى يعني قال فيها انهما يضمنان في هذه الصورة ولكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره شمس الائمة رحمه الله قال وقال الائمة لا يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما اذا نام قاعدا واما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر واما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا او مضطجعا كذا في النهاية **وقوله** قطع على من سرق من حمام يعني في الوقت الذي اذن للناس بالدخول فيه او من بيت اذن للناس في دخله لوجود الاذن عادة يعني في الحمام او حقيقة يعني في البيت الذي اذن للناس بالدخول فيه **وقوله** ويدخل في ذلك اي في قوله او من بيت اذن للناس في دخوله **وقوله** الا اذا سرق منها ليلا استثناء من قوله ولا قطع **وقوله** ومن سرق من المسجد متاعا ظاهر **وقوله** ومن سرق سرقة اي عملا ويسمى الشيء المسروق سرقة مجازا ومنه قولهم اذا كانت السرقة مصحفا **وقوله** واذا كانت فرق اي في الدار مقاصير اي حجرات وبيوت **وقوله** وان اغار انسان اي دخل بسرعة قال في النهاية نقلا عن المغرب ان اغار لفظ تحميل الائمة الحلواني والقمي واما لفظ محمد فهو وان اغار انسان من اهل المقاصير على متاع من يسكن مقصورة اخرى ولفظ شمس الائمة السرخسي كذلك وكانه اصح لان الاغارة في باب السرقة غير لائقة لان السرقة اخذ مال في خفية وحيلة فلذلك سمي السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة الاخذ في المجاهرة مكابرة ومغالبة وقد يجوز ان يكون بعض اهل المقاصير يدخل على بعض اخر بالتلبس جهرا ومكابرة ومختفيا عن اعين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة واذا صح المعنى جاز ان يكون لفظ الاغارة مرويا عن محمد رحمه الله وكان قول المصنف فسرق منها فكقوله اغار اشارة الى هاتين الجهتين **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله لان كل مقصورة الى اخره

وقوله واذا نقب اللص البيت ظاهر وقوله وهي بناء على مسئلة تاتي بعد هذا اشارة الى مسئلة نقب البيت وقوله ان القائه في الطريق واضح وحاصله ان يده ثبتت عليه بالاخذ ثم بالرمي الى الطريق لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى على يده واذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالاخذ الثاني وجب القطع وقوله ولم يعترض عليه يد معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك يد المعتبرة اعترضت عليه فاوجبت سقوط اليد الحكمية للسارق فلم يسقط يده الحكمية هنا لما مر مما ذكرنا فانه خرج من الحرز وهو في يده وقوله فاعتبر الكل اي القاءه في الطريق ثم اخذه منه فعلا واحدا كما اذا اخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا وقوله واذا خرج ولم ياخذه جواب عن قوله كما لو خرج ولم ياخذه وقوله وكذا ان حمله على حمار ظاهر قال واذا دخل الحرز جماعة كلامه واضح وانما وضع المسئلة في دخول جميعهم لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرفه بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل يعين الداخل والفرق بينهما انهم اذا لم يدخلوا البيت لم يتكاملوا في هتك الحرز بالدخول فلم تعتبر شركتهما الا ان كمال هتك الحرز انما يكون بالدخول وقد نص في مسئلة الكتاب على اعتبار اشتراكهم قالوا هذا اذا كان الاخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغا واما اذا كان الاخذ الحامل صبيا او مجنونا فلا يقطع واحد منهم لان غير الحامل في هذا الفعل تبع للاخذ الحامل فاذا لم يجب الحد على من هو اصل لا يجب على من هو تبع وان كان الذي ولي الحمل والاخراج كل الكل فيهم صبي او مجنون فكذلك الجواب على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الفعل من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فالحقت على الباقين وقال ابو يوسف رحمه الله يجب القطع الا على الصبي والمجنون وقوله ومن نقب البيت واضح والغطريف هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارى كذا في المغرب ويؤيد وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده فيخرج المتاع من غير ان يدخل وقوله بخلاف الصندوق جواب عن قوله كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فان قيل لو كان الكمال في هتك الحرز شرطا تحرزا عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من حمل بعض القوم والمتاع دون البعض لان فيه شبهة العدم لما وجب القطع اجاب بان ذلك هو المعتاد وانما بصرة الطرار هو الذي يطر الهميان اي يشقها ويقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة اي شددتها والمراد بالصرة ههنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم في هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على المذكور في اصول الفقه بان الطرار يقطع لنبش يجري على عمومه بل هو مجري على الصورة الثانية وهي ما اذا ادخل يده في الكم فطرها وقوله فلا يوجد هتك الحرز يعني ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه وقوله في الوجهين اي من الخارج والداخل وقوله ينعكس الجواب يعني فيما اذا كان بحل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في اخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما اخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان الرباط في داخل الكم لانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز

احذ

اخذ المال الا انه وان ادخل اليد في الكم الا انه ادخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة وقوله لانه يعتمده اي لان صاحب الكم يعتمد الكم في حفظ المال لا قيام نفسه عند المال لان قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لا يخلو عن احد امرين قطع المسافة او الاستراحة لانه اما ان يكون في حالة المشي او غيرها لانه ففي الاول قصد قطع المسافة لا حفظ المال وفي الثاني قصد الاستراحة وهو المقصود هو المعتبر في هذا الباب الا ترى ان من شق الجوالق الذي على الجمل وهو يسير واخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب الدراهم اعتمد الجوالق حرزا لها فكان سارقا الدراهم من الجوالق التي هي الحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على الجمل يسير لا يقطع لان السائق او القائد انما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم تصر الجوالق محرزا به مقصودا على ما هو المذكور في الكتاب وقوله وان سرق من القطار بعيرا القطار الابل تكون على نسق واحد والجمع قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاؤوا ارسالا وقوله وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار يريد به قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الخ وقوله
وهو الصحيح

فصل في كيفية القطع واثباته

لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيانه كيفيته وهذا الفصل في بيانه الزند مفصل طرف الذراع والكف والحسم من حسم العرق كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه فان القطع بما تلوناه يعني قوله تعالى والسارق والسارقة الاية واليمين بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة جازت الزيادة بها على الكتاب وقد عرف في الاصول ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به من حيث القطع والمقطوع لكونه اقل وقولنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس ان المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع اصابعه لزوال علته من البطش بها لان فيه قطعا مكررا وفيما قلنا قطع واحد على انه مخالف للنص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج يقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤوس الاصابع الى الاباط لان فيه تكثير المقطوع وقوله كيف وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع السارق من الزند والحسم روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بسارق فقال يا رسول الله ان هذا سرق فقال عليه السلام ما اخاله سرق فقال بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه الحديث وقوله ولانه لو لم يحسم ظاهر وقوله وخلد في السجن حتى يتوب حاصله ان السارق لا يؤتى على اطرافه الاربعة بالقطع وانما يقطع يمينه اول سرقته ورجله اليسرى في ثانيها ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقطع الرابعة ويحبس وعند اصحاب الظواهر في المرة الخامسة يقتل وقوله ويروى مفسرا كما هو مذهبه هو في حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المرة الاولى يقطع يده اليمنى وفي الثانية الرجل اليسرى وفي الثالثة اليد اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى وقوله ولان الثالثة ظاهر وقوله لحجهم اي غلبهم بالحجة لو قطع رجل اربعة

اطرافه اقتص منه بالاجماع وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود لانه لا يبقى له بدا كل بطها
يستنجي بها ورجل يمشي عليها وفيه تفويت جنس المنفعة وبادر العجوز وتقرير الجواب ان القصاص
حق العباد يراعي فيه المماثلة بالنص والحديث الذي رواه الشافعي لا يدل على دعواه هذه
لطعن فيه الطحاوي قال تتبعنا هذه الاثار فلم نجد بشي منها اصلا اشار بها الى ما رواه الشافعي
رحمه الله وقال ابو نصر البغدادي قال الطحاوي انه حديث لا اصل له لان كلا من لقيناه ومن
حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجده اصلا او نحمله على السياسة بدليل ما ورد في ذلك
الحديث من الامر بالقتل في المرة الخامسة **وقوله** لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا يعني ان كانت
يد المشتري مقطوعة او مشيا ان كانت رجله اليمنى كذلك وباقي كلامه ظاهر **قال** واذا قال الحاكم
للحداد اقطع يمين هذا السارق الحداد هو الذي يقيم الحد فقطع اليمنى كالجلاد من الجلد وانما
قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يد اليسرى فلا ضمان عليه
بالاتفاق لانه فعل ما امر به فان امره بقطع اليد اليسرى فلا ضمان عليه ولم يذكر حكم
ما اذا قطع اليمين بعد القضاء قبل ان يقول له اقطع وقال في المبسوط لا شيء عليه لان فيه
اليد قد سقطت بقضاء الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى بدلا قد تم قطعها فلم يكن ضامنا
لكن ادبه الامام لانه اساء الادب حين قطعه قبل ان يامر الامام به وكلامه واضح **وقوله**
بغير حق ذلك لان الحق في اليمين في السرقة وهو ايضا لم يقطع يسار احد ليكون حق قطع اليسار
قصاصا واما ونحن نبحث لم يخطئ لان الكلام فيما تعمد في قطع اليسار فلا يعفى كما لو قطع رجله
او انفه وان كان في المجتهدات لان المجتهد لا يعذر فيما اخطا اذا كان الدليل ظاهرا كالحكم على
متروك التسمية عامدا وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة وهو قوله تعالى
فاقطعوا ايديهما فان ظاهره يوجب تناول اليدين جميعا فصار شبهة في حق القصاص اذ القصاص
لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان المال **وقوله** ولابي حنيفة تقرير القول بالموجب لانا سلمنا انه
قطع طرفا معصوما بغير حق ولا ما يد لكنه اخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا
وعلى هذا التقرير لو قطعه غير الحداد اي لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد حكم القاضي
بقطع يمينه لا يضمن شيئا لان امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين ان يكون
قاطع اليسار مامور الحاكم او اجنبيا غير مامور **وقوله** هو الصحيح احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي
فقال فيه ولو قطع غيره يد المشتري فانه في العمد القصاص وفي الخطا الدية وسقط القطع
عنه في اليمين لانه لو قطع ادى الى الاستهلاك وترد السرقة ان كان قائما وعليه ضمانه في الهالك
وقوله ولو اخرج السارق يساره ظاهر **وقوله** ثم في العمد عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله عليه اي
على السارق ضمان المال المسروق ان كان به هالكا لانه لم يقع حدا وانما خص ابا حنيفة بالذكر
لان كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لمن عسى يتوهم ان قطع اليسار وقع حدا عنده حيث
لم يوجب الضمان على الحداد فازال ذلك ببيان وجوب الضمان ان الاتلاف القطع لم يقع حدا
لان القطع وقع حدا واما على قولهما فظاهر لا حاجة الى ذكره لانهما يضمنان الحداد
في العمد فلا يقع القطع حدا لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا **وقوله**
وفي الخطا كذلك وعلى هذه الطريقة اي على طريقة ان القطع لم يقع حدا لانه اذا لم يقع حدا لم يوجد ما
ينافي الضمان والمقتضي وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان البتة وعلى طريقة الاجتهاد الذي قلنا
في طرف ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان ضمان اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد لا يضمن

السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد دون الضمان والقطع حد لا لجتمعا **قال** ولا يقطع السارق
الا ان يحضر المسروق منه فيطالب اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع فقال
ابن ابي ليلى لا حاجة الى ذلك ويقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان المستحق بكل واحد
منهما خالص حق الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله ان اقر السارق بالسرقة فلا حاجة الى ذلك وان
ثبت بالبينة فلا بد من ذلك لان الشهادة تبتنى على الدعوى فما لم يحضر ويدعي لا يقبل شهادته
وان غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط في الاقرار والشهادة جميعا عند
الاداء وعند القطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال الرد في الاقرار والاقرار له بالملك
بعد الشهادة وبه ينتفي السرقة وكل ما هو شرط الشيء يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء
للحد قيام الشبهة وهو لا يجوز وكلامه في الكتاب واضح الا ان فيه تقديم التكرار لان معنى
قوله لان الجناية على مال الغير لا يظهر الا بخصومته هو معنى قوله لان الخصومة شرط الظهور
اي لظهور السرقة وهي الجناية ويمكن ان يدفع بان الاول تعليل اشتراط الخصومة والثاني لعدم
التفرقة بين الاقرار والشهادة وان كانا بمعنى واحد معنى قوله لان ابا حنيفة من القضاء في باب
الحدود وقد تقدم **وقوله** وصاحب الربا مثل ان صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبضها
فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة ولم يذكر العاقد الاخر مشتريا فكذا الربوي
بالتسليم بقوله ملكه ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه
فان الملك لهما باق **وقوله** وكل من له يد حافظة يريد متولي الوقف والاب والوصي ولو سرق من
احدهم او خاصم المالك قطع وان لم يكن السرقة من غير لقيام الملك **وقوله** الا ان الراهن استثناء
منقطع وقد اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن
قبل قضاء الدين او بعده وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين واستصوبه الشارحون
نقلا وعقلا اما نقلا فلانه موافق لرواية الايضاح والمحيط قال في المحيط اذا سرق الرهن من
المرتهن فللمرتهن ان يقطعه وليس للراهن ان يقطعه لانه يحتبل له على اخذ الرهن قال وان
قضى الراهن الدين فله ان يقطعه لانه له ان ياخذه وكذا في الايضاح واما عقلا فلان السارق
انما يقطع بخصومة من له ولاية الاسترداد فليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين والمال
بالرهن المرهون والضمير في بدونه راجع الى قضاء الدين وعلى النسخة الاولى الى قيام الرهن فكان
شرط جواز القطع بخصومة الراهن امرين قيام المرهون حتى لو هلك يحتبل للراهن عليه لبطلان دينه
عنه وقضاء الدين بحصول ولاية الاسترداد حينئذ وزفر والشافعي رحمهما الله اتفقا في الحكم
واختلفا في تخريج المناط فالشافعي رحمه الله بناه على اصله ان لا خصومة لهؤلاء
المذكورين في الاسترداد عنده اذ اخذ من في يده المال ولم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يلتفت
الى خصومتهم وزفر يقول ولاية الخصومة في الاسترداد ضرورة الحفظ والثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها فلا يظهر في حق القطع لان فيه اي في ظهورها في حق القطع تفويت الصيانة
لان المال مضمون على السارق فلو استوفي القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع الصيانة
وهم مامورون بالحفظ والصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وهذا ظاهر والسرقة
قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اي غير
ضرورية فالموجب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فيترتب عليه القطع واما قال الا ان الخصومة
غير ضرورية لان الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد اليد وهم في ذلك كالمالك لان اعتبار خصومة المالك

لحاجته الى اثباتها بالرقة لاعادة اليد على المحل لحصول الاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود في هؤلاء اما المستاجر والمستعير فلاحتياجهما الى الانتفاع بالمحل واما المرتهن والمودع فللرد الى المالك تخليصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ واذا ثبت ان الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر رحمه الله وفي الحفظ فلا يظهر في حق القطع **وقوله** والمغصوب منه من الخصومة اي مغصوب منه صاحب اليد احترازا عن المالك وسقوط الضمان بسقوط العصمة من ضرورة القطع فكان متضمنا والضمني غير معتبر وهذا جواب عن قول زفر لان فيه تفويت الصيانة **وقوله** ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض جواب سؤال مقدر تقديره ان يقال ينبغي ان لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر في مسئلة قبيل هذا لاحتمال انه لو حضر اقر للسارق بالمسروق وتوجيه الجواب ان هذا شبهة موهومة الاعتراض فلا يعتبر كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فان فيه شبهة موهومة [illegible] ايضا وهو ان يحضر المؤتمن ويقول انه كان ضيفا عندي في الوقت الذي سرق ذلك ولم يشترط حضور المؤتمن بل القطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية وقيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان المالك ليس له ان يقطعه كالغيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذي كان عنده فالمختار ان يطالب بذلك عن فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبينما اذا اقر السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع ما لم يحضر مع ان العلة المذكورة وهو قوله ان السرقة تظهر للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي الاقرار موجودة وشبهة الاذن بالدخول في الحرز والاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لم يقطع اجيب بان الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم يؤثر الشبهة في دفع العلة عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها لم تكن كذلك **قال** فان قطع سارق بسرقة المسروق اذا سرق من السارق فاما ان يكون قبل قطع يده او بعده فان كان الثاني لم يكن له اي للسارق ولا للمالك ان يقطع يد السارق الثاني اما السارق فلوجهين احدهما ان المال غير متقوم في حقه لا يجب الضمان بالهلاك فلم ينعقد موجبه في نفسها والثاني ان يده لم يبق من الايدي التي ذكرناها من ملك او وديعة وخصومة من هذه صفته لا تعتبر في القطع واما المالك فللوجه الاول **وقوله** وللاول اي للسارق الاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه وليس له ذلك في رواية اخرى لان يده ليست بصحيحة لان اليد الصحيحة عبارة عن ان يكون يد ملك او ضمان او امانة فلم يوجد وان كان الاول يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم كان لضرورة القطع وكذا اخرج يده عن كونها يد ضمان لكان لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والدرء بالشبهة لعدم القطع ههنا ولهذا فرق المصنف بينهما ومن سرق سرقة فردها على المالك فاما ان يردها قبل الارتفاع الى الحاكم او بعده فان كان الاول لم يقطع في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة بجامع ان القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء وجه ظاهر الرواية ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة يعني ان السرقة تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدون عن متصور فثبت ان الخصومة شرط لظهور السرقة والخصومة قد انقطعت بالرد الى المالك فيشترط ظهور السرقة قبل القطع واذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها وان كان الثاني قطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المالك والشيء يتقرر

بانتهائه

بانتهائه لا انه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لا انه يبطل لكنها اعني الخصومة تجعل باقية تقديرا لاستيفاء القطع والرد الى ابن المسروق منه والى الجنبة وعمته وخالته وهم في عياله وكذا الى امرأته او اجير مشاهرة او عبده وكذا الرد الى ابيه او امه او جده سواء كانوا في عياله او لم يكونوا كالرد الى نفسه استحسانا واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبه المالك وسلمه اياه او باعه اياه لم يقطع واعلم ان المصنف رحمه الله فسر كلام الجامع الصغير بقوله معناه اذا اسلمت لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا تثبت الملك وفي قول زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان السرقة قد تمت انعقادا باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه اذ وضع المسئلة في ذلك وظهورا لان الغرض انه قضي عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها وبهذا العارض يعني ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة او البيع لا يتبين قيام الملك وقت السرقة لان ثبوت الملك بهما انما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة او البيع وهذا صار كما اذا اقر به المسروق منه للسارق فان الاقرار يظهر ما كان ثابتا للمقر له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء يعني استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت او قضيت بالقطع او بالرجم او بالجلد في هذا الباب لا يغني عنه اي لا يفيد فائدته الا بالاستيفاء لان القضاء في هذا الباب لم يكن الا لتمكن بالكلية وهو باطل بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها يفيد اظهار الحق للطالب على المطلوب فلا حاجة الى جعل الامضاء من تتمة القضاء وهذا لانه تفويض استيفاء الحدود الى الائمة دون سائر الحقوق واذا كان كذلك اي اذا كان الامضاء من القضاء اشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء كما يشترط وقت ابتداء القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرطا للقضاء يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء لان المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن باصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود فان الحدود لا يستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف في وقت الاستيفاء بالاجماع ذكره في الكتاب **وقوله** وصار كما اذا ملكها قبل القضاء يعني صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء لانه لما لم يمض فكأنه لم يقض ولقائل ان يقول جعلتم الخصومة باقية تقديرا في صورة رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء تتمة من القضاء حتى اوجبتم القطع وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحد وما ذلك الا تناقض والجواب ان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقا لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك فكان شبهة في درء الحد **قال** وكذلك اذا انتقصت قيمتها من النصاب هذا معطوف على قوله فوهبت له **وقوله** يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء بيان لذلك لان الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير **وقوله** اعتبارا بالنقصان في العين يعني بان هلك درهم من العشرة او استهلكه وهذا بناء على ان المعتبر في قيمة المسروق ان يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم فاذا نقصت عن ذلك قبل القطع في العين لم يمتنع عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عن محمد رحمه الله في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول والجامع وجود سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر ان كمال النصاب لما كان شرطا في الابتداء يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا ان الامضاء من القضاء والفرق بينه وبين النقصان في العين ان النقصان في العين مضمون عليه اي على السارق فيما لضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا وقت الاخذ ودينا وقت الاستيفاء

كما اذا استهلكه كلا او بعضا ثم نقصان السعر فغير مضمون فكان النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة
فادرئ بها واذا ادعى السارق ان العين المسروق ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم البينة وفسره المصنف
بقوله يعني اذا شهد الشاهدان بالسرقة فادعى بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار
بالسرقة فانه يسقط القطع بالاتفاق وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لانه يفضي الى سد باب
الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة دارئة والشبهة تتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال الصدق
ولا معتبر بما قاله لانه لا يعجز عنه عارف بدليل ان الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح وما من مقر الا ويمكن
من الرجوع وكان ذلك معتبرا في ايراث الشبهة فكذا هنا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة كاملة
المعرف ولا يلزم ان يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة مورثا لها في الكاملة والجواب ان الكمال والقصور
انما هو بالنسبة الى التعدي الى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه واما بالنسبة الى المقر فهما سواء وقوله
واذا اقر الرجلان بسرقة ثم مبناه على صحة الرجوع وقوله لان الرجوع عامل في حق الراجع يعني لعدم المكذب
ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فيكون فعلا واحدا وقوله لانه
لو حضر ربما يدعي الشبهة يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا الحاضر قطعنا مع الشبهة
وهو لا يجوز وجه القول الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب لان القضاء على الغائب لا يجوز
فكان الغائب في هذه الشهادة كانه معدوم والعدم لا يورث الشبهة في حق الموجود وهذا لان الشبهة
هي الحقيقة الموجودة لا الموهومة على ما مر بد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض قال
فاذا اقر العبد المحجور عليه اذا اقر العبد بسرقة مال اما ان يكون ماذونا له او محجورا عليه
وكل منهما اما ان يكون المال قائما بعينه او مستهلكا وكل من ذلك على وجهين اما ان كذبه
المولى او صدقه فان صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود المقتضي وانتفاء المانع وان كذبه وهو
ماذون له قطعت يده عند العلماء الثلاثة سواء كان الاقرار بمال قائم او مستهلك ويرد القائم
على المسروق منه وان كان محجورا عليه فان اقر بالمستهلك قطعت يده عند الثلاثة وان اقر بمال
قائم بعينه في يده قال ابو حنيفة رحمه الله يقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وقال ابو يوسف
يقطع يده والمال للمولى وقال محمد رحمه الله لا يقطع يده والمال للمولى حكي عن الطحاوي رحمه الله تعالى
انه قال سمعت استاذي ابن ابي عمران يقول الاقاويل الثلاثة عن ابي حنيفة فقوله الاول كقول محمد
ثم رجع وقال كما قال ابو يوسف فاخذ به ابو يوسف ثم رجع ابو حنيفة الى القول الثالث واستقر عليه و
ذلك ان القطع اصل والمال تابع وقال ابو حنيفة القطع اصل والمال تابع بدليل انه يبطل بالتقادم ودليل انه
لو قال ابغي المال لا ابغي القطع لا يسقط القطع وقال ابو يوسف كل منهما اصل اما اصالة القطع فيما قالوا
في الحر اذا اقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو ويصح اقراره في حق القطع دون المال واما
اصالة المال فلانه اذا سرق ما دون العشرة لا يقطع والخصومة شرط ولولا ان المال اصل لوجب القطع
بدونها لانه محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب وقال محمد المال اصل والقطع تبع ووجه قول
ابي يوسف في اصالة المال واذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى ما في شرحهما فقوله في الوجوه
يعني فيما اذا كان المال قائما بعينه او مستهلكا وقوله في الوجوه كلها اي فيما اذا كان العبد محجورا
عليه او ماذونا له وفيما اذا كان المال قائما او مستهلكا وقوله لانه يرد على نفسه يعني فيما اذا اقر بالقتل
القصاص وطرفه يعني فيما اذا اقر بالسرقة وقوله يؤاخذ بالضمان يعني في المستهلك وقوله والمال يعني اذا
كان قائما بعينه وقوله من حيث انه آدمي يشير الى انه يؤاخذ بذلك باعتبار انه آدمي مخاطب لا باعتبار انه
مال لمولاه والعبد في ذلك كالحر في اقراره فيما يرجع الى استحقاق الجزاء كاقرار الحر ولهذا لا يصح الاقرار عليه

لاعلاك المولى بهم

بذلك

بذلك وما لا يملك المولى على عبده الاقرار به فالعبد فيه بمنزلة الحر كالطلاق وقوله ثم يتعدى الى
المالية ضمنا من حيث انه مال لعينه يصح اقراره من حيث انه آدمي يصح من حيث انه مال ايضا
بالسراية اليها لان آدميته لا تنفك عن ماليته وقوله لما يشتمل عليه اي على العبد من الاقرار
لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى ومثله منقول عن الغزالي
ومثل ما كان من الاقرار فيه سارة الى المقر والى الغير انما بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب
في ذلك الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته
وان لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك الحر المديون المفلس
اذا اقر بالقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال دون الغرماء وقوله ولا قطع على العبد
في سرقته اي في سرقة مال مولاه وقوله يؤيد ان المال اصل فيها اشارة الى ما مهدناه من الاصل
وقوله حتى يسمع فيه الخصومة بدون القطع مثل ان يقول الطالب منه المال دون القطع ويثبت المال دونه كما اذا
شهد رجل وامرأتان او اقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا يقطع وفي عكسه بان قال الطالب القطع دون
المال لا يسمع الخصومة ولا يثبت القطع دون المال وقوله فلا يصح في حقه فيه اي فلا يصح اقرار العبد
في حق المولى في المال وقوله والقطع مستحق بدونه اي بدون المال كما اذا اقر بسرقة مال مستهلك وقوله
لما بينا اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي وقوله فيصح بالمال بناء عليه اي لما صح
اقراره بالقطع باعتبار انه آدمي مكلف صح اقراره بالمال لانه تبع المولى بناء على ان صحة اقراره بالقطع لما مهدناه
من اصلنا ان الاقرار يلاقي حالة البقاء ثم كان الاقرار تابعا للظهار فكان فلا بد من وجود المخبر به
سابقا على الاخبار وقوله حتى يسقط بالدفع لا حتى وقوله باعتباره اي باعتبار القطع المال تبع
من اصلنا ان القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على ان
المال تابع لانه لو كان كما يغير حاله من التقوم الى غيره لان المقصود بيانه انما يكون بالتقوم ولكن لانتفاء
القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الاصل وقوله بخلاف الحر
جواب عما استشهد به ابو يوسف بقوله اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد لي اخره وبيانه ان
الحر انما لم يسمع قوله سرقته من عمرو في حق الرد الى عمرو لا يلزم عدم القطع بل يقطع لانه لم يجعل للعقلية
وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يجب رد المال اليه ثم ان السارق اذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته
وان لم يرد اليه المال فاما هاهنا فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم ان يكون ذلك المال مال المولى
حينئذ لم يجب القطع لان العبد اذا سرق مال المولى لا يقطع بل محمد ابو حنيفة وابو يوسف حكما
انه على قطع يد العبد فقد جعلاه سارقا مال الغير المولى فرد الى الذي اقر بالسرقة منه وقوله ولو صدقه
المولى قدمناه في اول البحث قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها كانت لك وقوله
صدمه لو كسر الحجر يعني من حيث انه نكث ثمنه للمالك وفيه آخر حيث ارتكاب المحظور لله تعالى وقوله
او شرب الخمر الذي ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا غرم على
السارق بعد ما قطعت يمينه لا يبقى هذا الحديث يدل على ان العين اذا كانت قائمة لا يرد الى صاحبها لان ذلك
لا يسمى غرما وقوله ما يؤدي الى انتفائه انما كان الضمان مؤديا الى انتفائه المنتفي لكونه ثابتا بالاجماع وقوله اذ لا ضمان
يعني معصوما حقا للعبد لكان مباحا في نفسه لانه عرف الحرمة انما هو حرام حقا للعبد فهو مباح في نفسه
~~لانه حرم ثم قال انما هو حرام حقا للعبد فهو مباح في نفسه~~ فكان المال السارق حراما من وجه دون
وجه فينتفي القطع للشبهة اذ الشبهة هو ان يكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فحينئذ يندرئ
الحد بيان ذلك يبقى معصوما حقا للعبد يصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه وهذا معنى ما ذكر

مطلب شهد الواحد برؤية هلال رمضان

مطلب ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى

في المبسوط اذا صارت المالية لله تعالى في هذا المحل بقي العبد فالحق في حق العبد كالا قيمة له ولكن هذا لا يتقرر الا بالاستيفاء القطع لان ما يجب حقا لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان بحكم الاخذ مراعى ان استوفي فيه القطع تبين ان حرمة المحل في ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد وان تعذر استيفاؤه تبين ان الحرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان وقوله الا ان العصمة جواب سؤال تقريره العصمة لما انتقلت الى الله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب ان لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمن فيه وتقرير الجواب ان سقوط العصمة انما كان ضرورة تحقق القطع وما ثبت بالضرورة يقتصر على محلها فلا يتعدى الى فعل آخر هو الاستهلاك لانه لا ضرورة في حقه لانه ليس القطع ولا من لوازمه وكذا الشبهة وهو كونه حراما لعينه تعتبر فيما هو السبب وهو الهلاك لان اعتبار الشبهة انما كون لان تجعل السبب الموجب للحد غير موجب احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا تعتبر فيه الشبهة ووجه المشهور وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك ان الاستهلاك اتمام المقصود بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق ليصرفه الى بعض حوائجه فكان تتمة للسبب لا انه فعل آخر فتعتبر الشبهة فيه بعينه لاسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب قوله وكذا تظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال في النهاية اي لان سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك واقول معناه سقوط العصمة في فصل الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك وبيان الملازمة انه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان يستدعي المماثلة بين المضمون والمضمون به بما لعصوم في الهلاك والاستهلاك حتى لو غصبه احد ضمن فكان عند ادا استهلكه والمضمون وهو المسروق معصوم في الاستهلاك حتى لو غصبه احد ضمنه ... على ذلك التقدير دون الهلاك ولا مماثلة بين المعصوم في الحالتين والمعصوم في حالة واحدة ومن الشارحين من قال لانه اي لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني انه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة والذي يوخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة وكلام المصنف ما يساعده فتامل **قال** ومن سرق سرقات فقطع في احديها فهو لجميعها كلامه واضح وقوله لان الحاضر ليس بنائب عن الغائب لان السرقة الخصومة في حق الغائب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها واذا لم يقع القطع لها بقيت اموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة وله ان الواجب الكل بكل السرقات قطع واحد لانه يجب حقا لله تعالى وكلما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك والخصومة شرط الظهور عند الحاكم وقد وجد ذلك ايضا بالنسبة الى الجميع لان الشرط يراعى وجوده لا وجوده لكل فصل فاذا استوفى فيقع عن الكل لان القطع الواحد مستوف كل الواجب الا ترى ان نفعه يعود الى كل الجار حتى الكل فانه ينال الحكم الثابت ضمنا لا مرتبا على الثابت صريحا والقطع يتضمن البراءة عن ضمان الكل فلا يتأتى الا كتفى به اذا ثبت ضمنا اجيب بانه لم يكن من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب والمنقول لم يصح الا وقع القطع في حق الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان واعلم ان وقوع القطع لجميع السرقات بالاجماع وقد علمت ان القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك الجمع بين القطع والضمان وذلك تناقض **وقوله** وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد

يعني

يعني لو سرق النصب من شخص واحد مرارا في صور في البعض فقطع لاجل ذلك فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب ما يحدث السارق في السرقة

لما ذكر احكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب احداث الصنعة للشبهة والشبهة الدليل الثابت ذكر ومن سرق ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم اخرجه وهو يساوي بعد الشق عشرة دراهم قطع قيد بقيد بان يكون الشق في الدار وان يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا او لانه اذا شق في الدار فنقصت قيمته عن العشرة ثم اخرجه لم يقطع لان السرقة قد تمت على النصاب الكامل في الاول دون الثاني وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون ولهذا قلنا المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان والانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بالكره من السارق وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ثم فسخ البائع البيع فانه لا يقطع هناك فكذلك ههنا والجامع بينهما ان السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك ولهما ان الاخذ اي هذا الاخذ الذي فيه خرق فاحش واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره انا لا نسلم ان له فيه سبب الملك لان الاخذ المعهود ليس بموضوع له وانما هو موضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك وانما الملك يثبت له ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله اي مثل هذا الاخذ الذي هو سبب للضمان لا يورث الشبهة لانه ليس بموضوع للملك كنفس الاخذ فانه يحتمل ان يصير سببا بعد الضمان ومع هذا فلم تعتبر شبهة وكما اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب فكذلك ههنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق بخلاف ما قال ابو يوسف وهو قوله كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه الخيار للبائع لان سبب الملك فيه موجود اذ البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب لا يقال الاصل عندكم ان القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لان ضمان النقصان وجب بجناية اخرى قبل الاخراج وهي ما فات من العين والقطع باخراج الباقي كما لو اخذ ثوبين فاحرق احدهما في البيت واخرج الاخر وقيمته نصاب واورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة ومع انه لا يجب الضمان وعن هذا ذهب بعضهم الى انه اذا اختار القطع لا يضمن النقصان والجواب ان القطع للباقي بعد الخرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان لاجله لا لشيء آخر فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فانه لما وجب له بعد تمام السرقة يسقط القطع فلان لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة اولى وهذا كله اي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات اذا كان النقصان فاحشا وهو الذي يفوت به بعض العين وبعض المنفعة فان كان يسيرا وهو ما يفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما سيجيء تمام الكلام في

تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب ينقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وقوله وان سرق شاة فذبحها ثم وقوله ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع اي يساوي عشرة دراهم فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وهو ظاهر وقوله واصله في الغصب يريد ان ما ينقطع حق المغصوب من الصنعة ينقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة تنقطع عنهما خلافا فانهما انا هذه الصنعة تبدلا للعين اسما وحكما ومقصودا وكلما كان كذلك ينقطع به حق المالك كما اذا كان المغصوب صفرا فضربه قمقمة او حديدا فجعله درعا فانه ينقطع به حق المالك كما اذا كان المغصوب صفرا وله ان عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين فان اعادتها الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة ههنا غير متقومة حتى لو كسر ابريق فضة لم يكن الا ان اخذه ونضمن الصنعة والعين مسروقة متقومة واذا كان كذلك كان اعتبار البقاء في المتقوم اولى من الزائل الغير متقوم وقوله فلم تملك عينه اي عين المسروق وفي بعض النسخ عينها اي عين الذهب والفضة وانما ملكها شيئا غيرها فان الاعيان تتبدل بتبدل الصفات اصله حديث بريرة وقوله فان سرق ثوبا فصبغه احمر قال صاحب النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه احمر الى اخره فان لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في السارق يسرق الثوب فيقطع يده وقد صبغ الثوب احمر قال ليس عليه شيء ولا ضمن على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهو لا يدل على التعقيب ولكن قول المصنف الا يرى انه غير مضمون الى اخره انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة ما قال وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح وقوله ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الصبغ قائم صورة ومعنى اما صورة فظاهر فان الحمرة فيه محسوسة واما معنى فلان المسروق منه لو اخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ وحق المالك في الثوب قائم صورة لتمكنه من اخذه لا معنى لانه غير مضمون على السارق بالهلاك لو هلك فكان جانب السارق مرجحا كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه بخلاف مسئلة الغصب يعني التي اعتبرها صورة النزاع لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فيرجح الوجود ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا وان صبغه اسود اخذ منه الثوب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يوخذ عند ابي يوسف رحمه الله لان السواد زيادة عنده كالحمرة واما عند ابي حنيفة فلان السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قائما فيه فلا يوجب انقطاع حق المالك واما عند محمد فان السواد وان كان عنده ايضا كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك

باب قطع الطريق

اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى اما تسميته سرقة فلان قاطع الطريق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك او من يقوم مقامه واما تسميته بالكبرى فلان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يختص بالمالك باخذ ماله وهتك حرزه ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق واما اخراجه عن السرقة الصغرى لانها اكثر وجودا منه وقوله واذا خرج جماعة قيد ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحر والعبد وزاد بالامتناع ان

يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح وقوله قتلوا حدا اي لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين لان المارة في البراري بحفظ الله فاخذوه على سبيل الغلبة كان في صورة المحارب وقوله والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال فيه اشارة الى نفي مذهب مالك ان الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى ظاهر كلمة او وقوله وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة يعني قوله فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا وقوله فان اخذوا مال مسلم او ذمي وقوله وان قتلوا ولم ياخذوا مالا والرابعة ما يذكر بعد هذا من القتل واخذ المال وقوله ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال على حسب الاحوال الاربعة في قطع الطريق فالائق تغلظ الحكم اي الجزاء بتغلظ الجناية لا التخيير لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف او بالعكس وهو خلاف مقتضى الحكمة والكلام في هذا البحث قد قررناه في التقرير مستوفى وقوله فلانه المراد بالنفي المذكور يعني عندنا فان الشافعي رحمه الله يقول المراد به الطلب ليكون في كل موضع وما قلناه اولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما له نظير في الشرع اولى من الاخذ بما لا نظير له وقوله ويشترط كمال النصاب في حق كل واحد الى اخره وقال الحسن بن زياد الشرط ان يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع كان الشرع ياخذها عضوا واحدا وههنا الشرع يأخذ عضوين ولا يقطع عضوان في السرقة الا بعشرين درهما وقلنا يغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال الماخوذ فيعتبر النصاب هنا بالحد بحد السرقة سواء وقوله كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كان يده اليسرى شلاء او مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى وقوله فالامام بالخيار وحاصله ان الامام بالخيار في الجمع بين العقوبتين قطع الايدي والارجل مع القتل او الصلب وبين القتل والصلب بدون قطع الايدي والارجل فكذلك للامام الخيار عند الخيار في ترك قطع الايدي والارجل بين القتل والصلب فكان الخيار للامام في موضعين وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وذكر في الكتاب قول ابي يوسف رحمه الله معه وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع وذكر في عامة الروايات قول ابي يوسف معه لانه اي قطع الطريق جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم فان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لا غير فان القتل اتى على ذلك كله وقوله ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف وهو ظاهر والتداخل في الحدود لا في حد واحد الا ترى ان الجلدات في الزنى لا يتداخل فان قيل لو كان حدا واحدا لما جاز للامام ان يدع القطع كما لم يجز له ان يترك بعض الجلدات اجيب بان ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل لان مراعات الترتيب ليس بواجب عليه في حد واحد فكان له ان يبدأ بالقتل ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده كما اذا ضرب الزاني المحصن خمسين ثم مات فانه يترك ما بقي لانه لا فائدة في اقامته والنفي الشيء من حد منع وقوله وعن الكرخي مثله اي مثل ما نقل عن ابي يوسف رحمه الله انه يصلب وهو حي ويطعن بالرمح حتى يموت وقوله يترك عن المثلة لانه منهي عنها نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور وقوله بما ذكرنا اي بالصلب ثلاثة ايام قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه وان قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه في مال اخذه كما لو سرق فقطعت يده وكلامه واضح وقوله لكنا رتبنا الله اليه اي ان اخذوا ولو لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح جعله الامام التمرتاشي حالة خامسة من احوال قطاع الطريق والمصنف لم يذكر في الاجمال الا الاحوال الاربعة لان مراد المصنف الاحوال التي تدل عليها الاجزية المذكورة في النص حدا وهي اربعة كما ذكرناه وقوله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما سقطت عصمة المال بناء على ان الاحاد دون

النفس يجري مجرى الاموال فكان سقوط العصمة في حق المال سقوطها في حق الجرح لان موجب الارش هو المال
لانه لو لم يسقط الضمان بتبعيته في وجوب القطع او الجناية واحدة وهي قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد فيه
علم ان حق الشرع خرج منه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع وقوله فان شاؤا الا وليا اقتلوه
يعني قصاصا وقوله للاستثناء المذكور في النص يريد به قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان
تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم واعترض بان قوله الا الذين تابوا ههنا نظير
في قوله واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فيكون استثناء من قوله ولهم في الاخرة عذاب عظيم
اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين واجيب بان قوله واولئك هم الفاسقون
لا يصلح جزاء وقد قررناه في التقرير بخلاف قوله ولهم في الاخرة عذاب عظيم واعترض ايضا بان التوبة
متوقفة على رد المال الاول فان كان الثاني لا يستقيم التعليل بقوله لان التوبة تتوقف على رد المال الى
فان كان الثاني لا يستقيم التعليل بقوله لان التوبة تتوقف على رد المال وان كان الاول لكان الوجه
الثاني داخلا في الوجه الاول فلا يكون علة مستقلة اذ لا يصح ان يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة
مستقلة بالنسبة الى حكم واحد واجيب بان بعض المشايخ ذهبوا الى ان الحد يسقط بنفس التوبة
وهي الاقلاع في الحال والاجتناب في المآل والندم على ما مضى والعزم على انه لا يعود اليها ابدا ولم
يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال وبعضهم ذهبوا الى ان الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا
الرد من تمامها فالمصنف رحمه الله جمع بين قولي المشايخ بهذا الطريق وذكر الاخلاقي الامام المحقق فخر
الاسلام رحمه الله في مبسوطه وقوله ولا قطع في مسألة ... مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة
تنقطع برد المال اليه وهي شرط لوجوب القطع وقوله فظهر حق العبد يعني لما انتفى حق الشرع وهو
القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال ظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي ولي القصاص
او يعفوا وقوله ويجب الضمان انه معطوف على قوله حتى يستوفي ولي القصاص واعترض بان وجوب
الضمان بسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور الهلاك
والاستهلاك بعد الرد الى المالك واجيب بانا نفرض المسئلة فيما اذا تاب ورد بعض المال او رد مال
بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الاخر او هلك في يده حيث يصح توبته ويجعل ما
فات هذا انما يتم ان لو كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين به واما اذا كانت
متوقفة على رد جميع الاموال فلا يتم ويجوز ان يقال هذا الوضع انما هو على قول البعض الاخر من المشايخ وقوله
فصار كالخاطي مع العامد يعني اذا رمى سهما الى انسان عمدا ورماه اخر خطأ واصابه السهمان معا ومات
منهما لا يجب القصاص على العامد لان الفعل واحد فيكون فعل الخاطي شبهة في حق العامد وقوله فقد
قيل تاويله ذهب ابو بكر الرازي رحمه الله الى ان المسئلة محمولة على ما اذا كان المال المشترك بين
المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من احدهم فانه لا يجب على الباقين لان المأخوذ
شيء واحد فاذا امتنع عن احدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين واما اذا كان لكل واحد منهم مال
مفرد فالحد يجري عليهم لان الاخذ من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره كما لو سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم
مالهم ومال غيره لان الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله والاصح
انه مطلق اي لا يتقيد بكون المال المشترك لان الجناية واحدة على ما ذكرنا لابي حنيفة وزفر رحمهما
الله تعالى فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز
اخر لان كل واحد من الفعلين منفصل عن الاخر حقيقة وحكما وقوله بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن
جواب سؤال تقريره قطع الطريق على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجود هذا

وسقوط الحد بالتوبة

وقوله وزن عكسه نعكس المعنى والحكم يعني اذا باشر غير القطاع صار [illegible] في الاصل ذلك لا اعتبار فلا يجب الحد على الكل

في

في القافلة فلا يسقط الحد فينبغي ان يسقط بوجود المستأمن فيهم ايضا وتقرير الجواب ان الامتناع
في حق المستأمن لخلل في العصمة وهو اي الخلل مختص بالمستأمن فلا يتصور شبهة لان الشبهة في
غير الحرز لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه كما اذا سرق الخمر وعشرة دراهم واما وجود ذي الرحم
المحرم من قطع الطريق فيورث شبهة في الحرز لان القافلة بمنزلة دار واحد فكان كالقريب سرق مال
القريب ومال الاجنبي من بيت القريب فانه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز وقوله ومن قطع الطريق
ظاهر وقوله ولا يتحقق ذلك في المصر وقرب منه فكذا البعد بين المصرين انقطاع مسيرة سفر
في ظاهر الرواية وقوله لما بينا اشارة الى قوله لظهور حق العبد وقوله ومن خنق رجلا بالتخفيف
من خنقه اذا عصر حلقه والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا في
الفارابي والله اعلم

كان القريب

كتاب السير

قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور لان
الحدود معاملة مع المسلمين غالبا او على الخصوص في حد الشرب وفي السير المعاملة مع الكفار
وتقديم ما بالمسلمين اولى والسير جمع سيرة وهي فعلة من السير وهي الطريقة في الامور وفي
الشرع تختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه قال في المغرب اصل السيرة الحالة السير الا انها
غلبت في لسان الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج والمغازي جمع المغزاة
مفعل من غزا العدو قصده للقتال وهي الغزوة والغزاة والمغزاة قال الجهاد فرض على الكفاية قيل
الجهاد هو الدعاء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال وسببه كون
الكفار حربا علينا وهو فرض كفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية
فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين وهو دليل قطعي فيفيد الفرضية ولقوله صلى الله عليه وسلم
الجهاد ماض الى يوم القيامة اي نافذ من مضى في الارض مضيا اذا نفذ فان قيل كيف يصح التمسك
على دعوى الفرضية بخبر الواحد اجيب بان خبر الواحد اذا تايد بالحجة القطعية صح اضافة الفرض
اليه وههنا تايد هذا الحديث بقوله فاقتلوا وفيه نظر لانا لا نسلم انه اذا تايد بالقطعي افاد الفرضية فان الفرضية
حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد ويمكن ان يقال ليس الغرض بذكره الدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه
وبقائه الى يوم القيامة فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد كاف لان يكون
بيانا لمجمله واما كونه فرضا على الكفاية فلانه ما فرض لعينه لكونه افسادا في نفسه بتخريب البلاد
وافناء العباد لكن لاعزاز دين الله تعالى ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط
عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام والمراد بالكفاية الحيلة وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا
اي ركبانا ومشاة او شبابا وشيوخا او مهازيل وسمانا او اصحاء ومراضا واعترض بان قوله تعالى
انفروا خفافا وثقالا عام فما وجه تخصيصه بغير النفير العام واجيب بانه دفع الحرج ولان النبي
صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من اهل المدينة فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ولان
الله تعالى قال لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى ووجه

الاستدلال أن الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لما استحق القاعد الوعد
لا الوعيد ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو يقدر عليه وأما من
وراءهم فلا يكون فرضا عليهم إلا إذا احتيج إليهم لما عجز القريب عن المقاومة مع العدو وأما بالتكاسل
فحينئذ يفترض على من يليهم ثم وثم إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقا وغربا على هذا التدريج
وقوله وأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية أراد به أول قوله الجهاد واجب إلا أن المسلمين
في سعة إذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان مجموع المستثنى والمستثنى منه إشارة إلى ذلك
وآخره وهو قوله حتى يحتاج إليهم إلى النفير العام قال وقتال الكفار واجب وإن لم يبدؤوا قتال الكفار
الذين امتنعوا عن الإسلام وأداء الجزية واجب وإن لم يبدؤوا بالقتال للعمومات الواردة في ذلك كقوله
تعالى فإن قاتلوكم فاقتلوهم فإنه يدل على أن قتال الكفار إنما يجب إذا بدؤوا بالقتال أجيب بأنه منسوخ
وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الابتداء مأمورا بالصفح والإعراض عن المشركين
بقوله تعالى فاصفح الصفح الجميل وأعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء إلى الدين بالموعظة والمجادلة
بالأحسن بقوله تعالى ادع إلى سبيل ربك بالحكمة الآية ثم أذن بالقتال إذا كانت البداءة منهم بقوله
تعالى أذن للذين يقاتلون الآية وبقوله فإن قاتلوكم فاقتلوهم ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الأزمان
بقوله تعالى فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين الآية ثم أمر بالبداءة بالقتال مطلقا في
الأزمان كلها وفي الأماكن بأسرها فقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة قاتلوا الذين لا يؤمنون
بالله الآية وقوله ولا يجب الجهاد على صبي ظاهر وقوله ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء أراد بالجعل
ما يضرب الإمام على الناس لما يتقوى به الذين يخرجون إلى الجهاد ولأنه يشبه الأجر وحقيقة
الأجر حرام فما يشبهه يكون مكروها وقوله يغزي الأعزب أي الأمير الجيش إذا بعثه إلى
العدو ويقال للرجل عزب بالتحريك لا زوج له وجاء في الحديث وهو شاب أعزب والشخوص الذهاب
من بلد إلى بلد **باب كيفية القتال** لما كان الأمر في باب الجهاد القتال بدأ ببيان كيفيته والمدينة معروفة
والحصن بكسر الحاء كل مكان محمي محرز لا يتوصل إلى ما في جوفه فالمدينة أعم من الحصن وقوله دعوهم
إلى الإسلام قيل لا يخلو من أن يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة أو لم تبلغهم فإن كان الثاني لا يحل القتال حتى
يدعوا لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وإن كان الأول فالأفضل ذلك وكان النبي صلى الله
عليه وسلم إذا قاتل قوما من المشركين دعاهم إلى الإسلام ثم اشتغل بالصلاة فإذا فرغ جدد الدعوة
ثم شرع في القتال وقوله كفوا عن قتالهم أي منعوا أنفسهم عنه فكف لازم ومتعد وقوله على
ما نطق به النص يعني قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله إلى أن قال حتى يعطوا الجزية عن يد
وقوله وهذا في حق من تقبل منه الجزية ظاهر وقوله فنكف بالنون على بناء المعلوم وبالتاء
مبنية على المفعول الثاني وقوله لتحمل إشارة إلى ما روي أنه صلى الله عليه وسلم بعث عليا
رضي الله عنه في سرية وقال لا تقاتلهم حتى تدعوهم إلى الإسلام وقوله لعدم العاصم أي الموجب
للغرامة وهو الدين على مذهب الشافعي رحمه الله أو الإحراز بالدار على مذهبنا وقوله مبالغة
في الإنذار لأن النبي صلى الله عليه وسلم إذا قاتل قوما من المشركين دعاهم ثم اشتغل بالصلاة ثم دعا
بعد الفراغ جدد الدعوة وقد قدمناه وقوله أغار على بني المصطلق أي أخرجهم من خيامهم بالهجوم
عليهم وهم غارون أي غافلون والمصطلق بطن من خزاعة موضع بالشام وقيل اسم قبيلة والغارة لا تكون
بدعوة لأن فيها سرعة الأمر والإسراع لأنها اسم مصدر للإغارة التي هي مصدر أغار الثعلب والفرس
إغارة وغارة إذا أسرع في العدو وقوله البويرة على وزن مصغر الدار والكيس هو الدوا والطول

وقوله وإن كان فيهم أسير مسلم أو تاجر الحسن بن زياد أنه إذا علم أن فيهم مسلما وأنه يتلف بهذا الصنيع
لم يحل له ذلك لأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى
لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم أولى من هذا الوجه وقلنا في رميهم دفع الضرر العام
بالذب عن بيضة الإسلام أي مجتمعه للشبه المعنوي بينهما وبين بيضة النعامة وعرفا لأن
البيضة مجمع الولد وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص وإذا اجتمعا يقدم دفع الضرر العام على الخاص
ولأنه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم أسير أو تاجر فلو امتنع عن الرمي باعتباره لانسد بابه
أي باب الجهاد وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن في الرمي دفع الضرر العام إلى آخره وقوله وما
أصابوا منهم لا دية عليهم ولا كفارة يعني عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعي رحمه الله
فيه الدية والكفارة لأن هذا عين صورة قتل الخطأ لأنه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم
والجواب أنه إذا كان بحال المخمصة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأ لكان محظورا
محضا ولا دية ولا كفارة فيه ولنا أن الجهاد فرض وكل ما هو فرض فالغرامات لا تقترن به لأن الفرض
مأمور به لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنه وبينهما منافاة فإن قيل هذا تعليل في
معارضة قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الإسلام دم مفرج أي مهدر والتعليل في مقابلة النص
باطل أجيب بأنه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فتخص صورة النزاع بما قلنا وفيه نظر
لأن القران شرط وهو ممنوع والأولى أن قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الإسلام معناه في
دار الإسلام دم مفرج وما نحن فيه ليس بدار الإسلام وقوله بخلاف حالة المخمصة جواب
عما استدل به الحسن وقال إطلاق الرمي لضرورة إقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال
الغير حالة المخمصة تطلق لمكان الضرورة ويجب الضمان وتقرير الجواب أن الجائع يقدم
على التناول عند رفع الحظر وإن كان فيه ضمان لما فيه من إحياء نفسه وهو منفعة
عظيمة يتحمل بسببها ضرر الضمان أما الجهاد فمبني على إتلاف الأنفس أي نفس سواد الكفار وقد
يكون فيهم مسلم فلو وجب الضمان بقتلهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض وذلك لا يجوز
كما لا يجوز إيجاب الدية والكفارة على الإمام فيما إذا مات الزاني البكر من الجلد لئلا
يمتنع القاضي عن تقلد القضاء ويجوز أن يكون معناه الجهاد مبني على إتلاف النفس مطلقا
لأن المجاهد إما أن يقتل وقد يصادف المسلم أو يقتل فلو ألزمنا الضمان امتنع عن الجهاد
الغرض لكونه خاسرا في كلتا الحالتين بخلاف ما إذا لم يتعين وقوله حذار الضمان منصوب على
المفعول له قال ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف كلامه واضح سوى ما نبينه عليه السرية
عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار وعن أبي حنيفة رحمه الله أقل السرية مائة وقال
محمد رحمه الله في السير الكبير أقل ما يبعث في السرية الثلاثة ثلاثة ولو بعث ما دونهم كان
وقال الحسن بن زياد من قبل نفسه أقل السرية أربعمائة وأقل الجيش أربعة آلاف وقوله
وهو التأويل الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو ورواه
ابن عمر رضي الله عنه وإنما قيد التأويل بالصحيح احترازا عما قال أبو الحسن الكرخي النهي كان في ابتداء
الإسلام عند قلة المصاحف وكذا روي عن الطحاوي رحمه الله وقوله لما بينا إشارة
إلى قوله في الباب الأول بعد تعلق حق المولى والزوج وقوله إلا أن يهجم استثناء من قوله لا تقاتل يعني
عند الضرورة تقاتلن لأن الجهاد حينئذ يصير فرض عين فلا يظهر حق المولى والزوج عنده
وقوله والمثلة المروية يقال مثلت بالرجل أمثل به مثلا ومثلة إذا سودت وجهه أو قطعت

الله وما اشبه ذلك وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخ بالنهي المتأخر وروى
عمران بن الحصين رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا الا امرنا
بعد مثلة العرنيين يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على
تأكيد الحرمة وقوله ولا شيخا فانيا اي الذي هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا
يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال ولا يكون من اهل الرأي
والتدبير اما اذا كان يقدر على ذلك يقتل لانه بقتاله محارب وبصياحه محرض على القتال وباحباله
يكثر المحارب وقوله لان المبيح عنده اي القتال الكفر وعندنا هو الحراب وقوله لما بينا اشارة
الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج قيل والمراد بالذراري ههنا النساء وقوله
هاء كلمة تنبيه للمخاطب اخرجها الشكب وقوله الا ان يكون احدهم ممن له رأي في الحرب لما
صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة
وفي رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأي وقوله فيقتل في حال افاقته كالصحيح
يعني يقتل سواء قاتل او لم يقاتل كالصحيح فانه يقتل وان لم يقاتل يقتل حال افاقته
لانه ممن يقاتل ويخاطب وقوله امتنع عليه ان يبتدئ علاه ويعالجه فيضرب قوائم
فرسه ونحو ذلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان مقصوده الدفع والله اعلم

باب الموادعة ومن يجوز امانه

الموادعة المصالحة وسميت بها لانها متاركة وهي من الودع وهو الترك وذكر ترك
القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة وقوله وكان ذلك مصلحة قيد عليه بان قوله
تعالى وان جنحوا للسلم الآية غير مقيد بالمصلحة فكان تقييده زيادة لانه يخالف المدعى واجيب بان
هذه الآية محمولة عليها اذا كانت في المصالحة مصلحة المسلمين بدليل آية اخرى وهي
قوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون وبدليل الآيات الموجبة للقتال فاذا
التناقض بينها ان موجب الامر بالقتال يخالف موجب الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما
وهو بما ذكرنا وبدليل موادعة رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة على ما ذكر في الكتاب ولا
تقتصر الحكم على المدة المذكورة وهي عشر سنين فكانت هذه المدة المذكورة من المقدرات التي لا تمنع
الزيادة والنقصان لان مدار الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وتنقص وقوله
لتعدي المعنى يعني دفع الشر وقوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز للامام ان يعاهدهم
عملا بقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم ولان الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى فظاهر حيث
ترك القتال واما معنى فانه اذا لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع الشر
فلم يحصل الجهاد معنى ايضا وقوله نبذ الشيء من يده طرحه ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو
من ذلك لانه طرح له وقوله نبذ اليهم اي اعلم من تعلمهم بنقض العهد وقوله صلى الله عليه
وسلم في العهود وفاء لا غدر اي هو وفاء وقوله ولا بد من اعتبار مدة الخ قال الله تعالى واما
تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء اي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك عرفنا انه لا يحل

قتالهم

قتالهم قبل النبذ وقبل ان يعلموا بذلك ليعودوا الى ما كانوا عليه من التحصين وكان ذلك تحرزا
عن الغدر وقوله لما بينا من قبل يعني قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله اذا لم
ينزلوا بساحتهم اي اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب وقوله لانه مأخوذ بالقهر
معنى يعني فيكون كالمأخوذ قهرا صورة ومعنى وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال وقوله لما
فيه من اعطاء الدنية اي النقيصة وقوله الا اذا خاف الهلاك يعني على نفسه وعلى نفس جميع
المسلمين فحينئذ لا بأس بدفع المال لما روي ان المشركين لما احاطوا بالخندق وصار المسلمون
الى ما اخبر الله عنهم بقوله هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله
صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصين وطلب منه ان يرجع بمن معه على ان يعطيه كل
سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله لكتب الصلح بين يدي رسول الله صلى
الله عليه وسلم قام سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما وقالا
يا رسول الله ~~يا رسول الله~~ ان كان عن وحي فامض لما امرت به وان كان رأيا رأيته فقد
كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين فكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة الا بشرا
او قرى فاذا اعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال صلى
الله عليه وسلم اني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم ذلك
فانتم وذاك اذهبوا فلا نعطيكم الا السيف فعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الصلح
في الابتداء لما احس بالضعف بالمسلمين وحين رأى القوة فيهم علم بقول السعدين امتنع عن ذلك
وقوله باي طريق يمكن قيل في هذا التعميم شبهة وهي انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه
الا باجراء كلمة الكفر او بقتل غيره او بالزنا فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل
هو مرخص فيه حتى لو صبر عنه كان شهيدا واجيب عنها بان معنى الكلام باي طريق يمكن
سوى الامور التي رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها واتى بمعنى اثابت فيندفع به وقوله ولا يجهز
اليهم اي لا يبعث التجار الجهاز وهو فاخر المتاع والمراد به ههنا السلاح والكراع والحديد وقوله لما
بينا يعني قوله لان فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويعادانما اهله لا يأتاهم بالطعام

فصل

لما كان الامان نوعا من الموادعة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح وقوله ويسعى بذمتهم ادناهم اي
اقلهم وهو الواحد لانه لا اقل منه وانما فسر الادنى ههنا بالاقل احترازا
عن تفسير محمد حيث فسره بالعبد لانه جعله من الدناءة والعبد ادنى المسلمين قوله ولانه اي ولان
كل واحد من الرجل والمرأة من اهل القتال اما الرجل فظاهر واما المرأة فبالتسبب بمالها او العبيد واما
قوله صلى الله عليه وسلم ما كانت هذه تقاتل فمعناه بنفسها وقوله فيلاقيه اي الملاقاة
الامان محله لان محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا وقوله ثم يتعدى اي الامان
الى غيره اي غير الذي آمن من اهل الاسلام كما في شهادة فان الصوم يلزم من شهد برؤية
الهلال ثم يتعدى منه الى غيره وقوله ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان اي التصديق بالقلب وكذا
الامان لا يتجزى فاذا تحقق من بعض فاما ان يبطل او يكمل لا يجوز الاول لتحقق السبب
فيتحقق الثاني كما اذا وجد الانكاح من احد الاولياء المتساوين في الدرجة صح النكاح في حق الكل
لان سببه ولايته وهو القرابة غير متجز فلا تتجزى الولاية فكذلك ههنا واعلم ان المصنف رحمه
الله استدل بالمعقول على وجهين تحصل المناط في احدهما كونه ممن يعطي الامان ممن يخافونه وفي الآخر
الامان والاول يقتضي عدم جواز امان العبد المحجور والتاجر والاسير وان لم يقتض جوازه

ولو جعلناهما علة واحدة تجب ان الواو على الثاني ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى غيره كان اولى ويمكن ان يجعل الاول علة والآخر شرطا وسماه سببا مجازا او الشيء يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجيء في كلامه اشارة الى هذا **وقوله** الا ان يكون في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح امانهم **وقوله** وقد بيناه يعني في باب الموادعة بقوله وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح انفع والبه اشار فيما تقوله لم بينا قبل بقوله ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش نكرة محض لانه على ذلك **وقوله** الا ان يكون في ذلك مفسدة فلا يكون ان يكون ذلك قبل ان تحاصل الامام وهذا تعذر ويجوز ان يكون اعادة تمهيدا وتوطئة لقوله ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه لسبقه على رأي الامام وحقيقة الافتيات الاستبداد بالرأي وهو افتعال من الفوت وهو السبق **وقوله** ولا يجوز امان ذمي لانه متهم به اي بالكفار لاتحاده في الاعتقاد **وقوله** لا يصح امانه لما بينا يعني قوله والامان يختص بمحل الخوف **قوله** قال ولا يجوز امان العبد تفق العلماء على ان امان العبد المأذون صحيح لما روي ان عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيد ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل واما العبد المحجور عن القتال فلا يصح امانه عند ابي حنيفة رحمه الله ويصح عند محمد والشافعي رحمهما الله وذكر الكرخي قول ابي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه وذكر الطحاوي مع ابي حنيفة وهو الظاهر عنه واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدلال محمد رحمه الله في الحديث ظاهر **وقوله** ولانه مؤمن ممتنع اي ذو قوة وامتناع اشارة الى شرط جواز الامان وهو الامان دال على علته وهو الخوف لان الخوف انما يحصل ممن له قوة وامتناع **وقوله** بالمؤبد من الامان يعني عقد الذمة فان الحربي اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد صح العقد اتفاقا من العبد وتصير ذميا بالاتفاق حتى يجري احكام اهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك **وقوله** فالايمان لكونه شرطا للعبادة يعني شرطنا الايمان في قولنا ولانه مؤمن ممتنع ليصح امانه لانه شرط العبادة والجهاد عبادة وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم وسيجيء في كلامه اشارة الى هذا **وقوله** والامتناع يعني وشرطنا الامتناع ليتحقق ازالة الخوف به **وقوله** والتاثير اعزاز الدين يعني العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على المأذون له اعزاز الدين واقامة المصلحة للآخر وتحقيق هذا ان الوصف المؤثر في امان العبد المأذون له الامتناع وشرطه الايمان وهذا الوصف معقول بظهور اثره وهو اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في عين هذا الحكم وهو الامان في الذي فاذا وجد في المحجور عليه صح تعديته اليه كما في سائر الاقيسة **وقوله** وانما لا يملك المسايفة جواب عما يقال الاصل في الجهاد هو المسايفة وهو لا يملكه فلا يملك الامان ايضا وتقريره انما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى وهو لا يملك ذلك ولا تعطيل هنا فصح بمجرد القول **وقوله** ولابي حنيفة رحمه الله انه محجور عن القتال فيصح ان يكون ممانعة وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لان الامتناع انما يكون لتحقق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وان يكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف وتقريره انه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح امانه لانهم لا يخافونه وفيه نظر لان الخوف امر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه فالكفار من اين يعلمون انه محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب ان ذلك يعلم بترك المسايفة فانهم لما رأوا شابا مقتدرا على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا ولا يقاتلهم

علموا انه ممنوع عن ذلك ممن له المنع ولو قال المصنف انه محجور عن القتال والامان نوع قتال كان اسهل انبا تا لمذهب ابي حنيفة فتامل وقوله وفيه ما ذكرناه يريد انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعري عن احتمال الضرر وقوله وفيه سد باب الاستغنام اي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فاذا كان ممنوعا عن الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين وقوله بخلاف المؤبد جواب عن قياس محمد رحمه الله صورة النزاع على عقد الذمة لانه اي عقد الامان المؤبد خلف عن الاسلام من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب بالاسلام الحربي فهو بمنزلة الدعوة اليه الى الاسلام وهي نفع ولانه مقابل بالجزية وهي نفع ولانه مفروض عند مسألتهم ذلك يعني ان الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم اليه واسقاط الفرض نفع فافترقا وقوله فهو على الخلاف يعني على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يصح امانه وعند محمد رحمه الله يصح وقوله فالاصح انه يصح بالاتفاق اي باتفاق اصحابنا ليس على الخلاف لانه تصرف دائر بين النفع والضر كالبيع فيملكه الصبي بعد الاذن

باب الغنائم وقسمتها

اخر باب الغنائم عن فصل الامان لان للامام بعد المحاصرة اما ان يؤمنهم او يقتلهم ويغنم اموالهم فلما فرغ من ذكر الامان ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من اهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها ان تخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا قال في النهاية **وقوله** قهرا ليس بتفسير لغة لان عنا عنوا بمعنى ذل وخضع وهو لازم والقهر متعد بل يكون هو تفسيرا من طريق شعور الذهن لان من الذل يلزم القهر وان الفتح بالذل مستلزم للقهر فهو بالخيار ان شاء قسمه اي قسم البلدة بتأويل البلد بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين فان قيل قد خالفه في ذلك جماعة اجاب بقوله ولم يحمد من خالفه وتزيد به تقرير يسيرا منهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف اي ماتوا جميعا وفي كلام من ذلك قدوة فتخير ولقائل ان يقول لا نسلم ان احدا من الصحابة بلا اثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ لم يعلم انه صلى الله عليه وسلم على اي جهة فعله حمل على ادنى منازل افعاله وهو الاباحة وحينئذ لا يستوجب العمل الا محالة فاذا ظهر دليل الصحابي جاز ان يعمل بخلافه والثاني انه على تقدير انه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك وجوبا فان عمر رضي الله عنه فعل ما فعل مستنبطا من قوله تعالى والذين جاؤوا من بعدهم بعد قوله تعالى ما افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى فيكون ثابتا باشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب احدهما بتعين بفعل الامام كالواجب المخير في خصال الكفارة ففعل النبي صلى الله عليه وسلم احدهما وعمر رضي الله عنه الآخر وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه كان عند حاجة المسلمين والثاني عند عدم الحاجة كما فعل عمر رضي الله عنه لكونه عالما في الزمان الثاني وهذا اي اقرار اهل البلدة بالمن عليهم في العقارات

وذلك في قوله بعد هذا فان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم
العمل وقوله لانه لم يرد به اي بالمن الشرع فيه اي في المنقول المجرد وفي العقار خلاف الشافعي فانه
لا يجوز المن فيه قال لان في المن ابطال حق الغانمين عندكم لان حقهم قد ثبت وتأكد بالاحراز
فتدخل بحريم بفتح البلاد واجراء احكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك لان ملكهم يعني عندكم
فان الملك قد ثبت لهم بنفس الاحراز فلا يجوز نقض ابطال الكل بواحد من الحق والملك من غير بدل
يعادله فان قيل الخراج يعادله اجاب بقوله والخراج غير معادل لقلته فان قيل فالحق والملك
ثبت في ارقابهم ايضا وجاز له ان لا يقسمها اجاب بقوله بخلاف الرقاب يعني ان حقهم لم يتعلق
بها لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل وكذا له ان يبطله بالخلف وهو الجزية وهذا لانها
خلقت في الاصل حرا والملك ثبت بعارض فالامام اذا استرقهم تقدم بذلك الحكم الاصل فاذا
جعلهم احرارا فقد بقي حكم الاصل فكان جائزا والحجة عليه ما ذكرنا يعني من فعل عمر رضي الله عنه
وقوله ولان فيه نظرا يعني ان تصرف الامام وقع على وجه النظر في اقرار اهلها عليها لانه لو قسمها
بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد وكان يكر عليهم العدو وربما لا يهتدون لذلك
العمل ايضا فاذا تركها في ايديهم وهم عارفون بالعمل صاروا كالاكرة اي المزارعين العاملة للمسلمين
بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين يأتون من بعد فكان فيه نظر لا محالة فيكون
جائزا وقوله والخراج وان قل حالا فقد جل بمعنى قوله والخراج غير معادل لقلته وتقرير الخراج وان قل
حالا لكونه بعض ما يمكن ان يخرج في سنة فقد جل مآلا لدوامه بوجوبه كل سنة وقوله وان من عليهم
ظاهر وقوله ليخرج عن حد الكراهة معناه ما قال التمرتاشي فان من عليهم برقابهم واراضيهم وقسم
النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال ولا يعطيهم بدون
ما يمكن به ترجية العمل الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي قال رحمه الله وهو في الاسارى بالخيار
الامام فيما حصل تحت يده من الاسارى مخير بين الامور الثلاثة ان شاء قتلهم لان النبي صلى
الله عليه وسلم قد قتل عقبة بن ابي معيط والنضر بن الحارث بعد ما حصلا في يده وقتل
بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم فان اسلموا سقط عنهم القتل لانه عقوبة وجبت للبقاء
على الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة
لاهل الاسلام فاذا اسلموا بعد ذلك لا يسقط عنهم الرق لان الرق جزاء الكفر الاصلي بخلاف
ما اذا اسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل ولا الاسترقاق ايضا لانه صادف اخذ الناس نفسه
قبل الملك وهو الاستيلاء والاخذ وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا من فعل عمر رضي الله عنه
فان قيل فما فعلوا المشركين ثبا في ترك قتلهم فلا يجوز اجيب بانه ترك القتل بعوض وفي حق اهل الذمة والمنافع
وكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه قوله الا مشركي العرب استثناء من قوله وان شاء تركهم احرارا
ولقائل ان يقول هذه الادلة تدل على خلاف المدعى لان المدعى هو ان يكون الامام مخيرا بين الامور الثلاثة
والادلة تدل على وجوب كل واحد منها لانه قال لان فيه حسم مادة الفساد وذلك واجب لا محالة ثم
قال لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام فهو كالاول واقوى ثم استند الى فعل
عمر رضي الله عنه بقوله لما بيناه وهو انما يصح على تقدير ان يكون ما فعله واجبا واذا لزم التخيير
بين الواجب وغيره فهو لا يجوز والجواب ان كل واحد من الامور واجب والامام مخير بينها كما في الواجب
المخير وقوله ولا يجوز ان يردهم ظاهر وقوله ولا يفادى بهم اسارى المسلمين بين الاثنين بخلاف كاذا اذا
اطلقه واخذ فديته ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى اي لا يعطي اسارى الكفار ويأخذ منهم اسارى

الاصل

قبل انعقاد

بالاثنين

المسلمين

المسلمين او المال عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يفادى بهم اسارى المسلمين
ولا يجوز الفداء بالمال الا ذكر في السير الكبير وقولهما اظهر الروايتين عن ابي حنيفة ووجه ذلك ما ذكره
ان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله لان فيه تقوية وفي بعض
النسخ معونة ظاهر وتجويز ان يرتكب هذا مع ترك دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما مر في صورة الرمي
عند التترس بالمسلمين واما الفداء بالمال بان يأخذ المال منهم في اطلاق اسراهم فلا يجوز في المشهور من مذهب
اصحابنا لما بينا ان فيه تقوية او معونة للكفرة بعودهم حربا علينا وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان
بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر وسيجيء جوابه وقوله ولا يجوز المن عليهم المراد بالمن
عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل خلافا للشافعي رحمه
الله فانه يقول قد من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر يعني ابا عزة الجمحي ولنا
قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه
للغانمين فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض كسائر الاموال المغنومة وما رواه من المن على
ابي عزة فهو منسوخ بما تلونا وكذلك قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء وكذلك قصة اسارى
بدر لان سورة براءة آخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتال على كل حال بقوله فاقتلوا المشركين
حيث وجدتموهم فكان ناسخا لما تقدم كله ولقائل ان يقول قد اجمعوا على انه مخصوص خص منه
الذمي والمستأمن فجاز ان يخص منه الاسير قياسا عليهم او بحديث ابي عزة او غيرهما والجواب
ان قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهي المناط وكذا على المستأمن
لعدم استرقاق رقبته وحديث ابي عزة متقدم على الاية وغيرهما غير معلوم فلا يصح التخصيص
بشيء من ذلك والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم والمأكلة بضم الكاف وفتحها بمعنى
وكلامه ظاهر قال ولا تقسم غنيمة في دار الحرب قسمة الغنيمة في دار الحرب لا تجوز عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله جاز والتأخير الى الخروج الى دار الاسلام احب الي وقال
الشافعي رحمه الله لا بأس بذلك والاصل ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام
عندنا وعنده يثبت ويبتني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرها في الكفاية اي في كفاية
المنتهي منها ان الامام اذا باع شيئا من الغنائم لا لحاجة الغزاة اي باع اهل الغزاة فانه لا يصح
عندنا لعدم الملك وكذا لو اتلف احدهم شيئا في دار الحرب لم يضمن وكذا لو مات احدهم لا يورث
سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة في دار الحرب شاركوهم في الغنيمة وقوله لان سبب الملك
ظاهر وقوله والنافي اي اثبات اليد الناقلة الى دار الاسلام منعدم لقدرة الكفرة على الاستنقاذ
ووجوده اي وجود الاستنقاذ ظاهر لكون المسلمين في ديارهم وقوله ثم قيل موضع الخلاف ترتب
اي بيان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقع
القسمة في نصيبه من الاكل والوطء وسائر الانتفاع او لا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت وقوله
لان حكم الملك لا يثبت بدونه اي بدون الملك معناه ان ترتب هذه الاحكام دليل ثبوت
الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة فعنده مرتبة على القسمة الصادرة لا عن اجتهاد فيلزم منه
ثبوت الملك وعندنا المسبب مرتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة لترتب الاحكام
وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول
فيلزم عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول واما قيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد
ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق وقوله وقيل الكراهة اي حكم قسمة الغنائم

الاسير

غير موجود م

في دار الحرب

اي الترتيب

في دار الحرب لم يرد هنا الكراهة لاعدم الجواز لما في القسمة من قطع شركة المدد فيقل رغبتهم في اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا امر وراء ما يتم القسمة به فلا يمنع جوازها وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام وفيه نظر لان هذا يشير الى ان قول محمد على خلاف قول ابي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فانه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن اصحابنا وفي غير ظاهر الرواية الافضلية منقولة عن ابي يوسف رحمه الله كما ذكرنا وايضا قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح والمخلص عنه انهم اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة حتى لا يثبت الاحكام المترتبة على القسمة وقال بعضهم المراد به الكراهة وعلى هذا قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز القسمة انما يصح على قول الاولين وتوجيه الكراهة ان دليل البطلان راجح لكونه محرما والمحرم راجح على المبيح لانه كما عند عامة مسلم الجواز باتفاق اما عند الشافعي رحمه الله فيجوز مطلقا واما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والدابة ونحو ذلك فلا يتباعد عن ان يكون الكراهة لان الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الحمار قال والردء والمقاتل في العسكر سواء الردء هو العون والمقاتل هو المباشر في العسكر في استحقاق الغنيمة سواء لانهم ينجو في السبب وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا او شهود الوقعة عند الشافعي على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره ولما ذكرنا من الاستواء في السبب وقوله واذا لحقهم المدد ظاهر وقوله بناء على ما مهدناه من الاصل يريد به ما مر ان سبب الملك عنده هو الاخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز فاذا شاركهم المدد في الاحراز الذي يتم به السبب شاركوهم في تأكد الحق كما لو لحقوا بهم في حالة القتال وانما ينقطع المشاركة بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او بيعه المغانم فيها لان بكل منهما يتم الملك فينقطع شركة المدد وقوله ولاحق لاهل سوق العسكر في الغنيمة باطلاقه يقتضي نفي السهم الكامل والرضخ وكذا ذكر في المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو وكان ينبغي ان يقال الا ان يقاتلوا فحينئذ يستحقون لانه تبين بالقتال انه مقصوده في الخروج والتجارة تبع فلا يقطعه كالحاج اذا اتجر في طريق الحج لا ينتقص ثوابه وقوله لا ينتقص ثوابه ... العدو والى ان يقاتل ان يكونوا من اهل القتال فحينئذ يلحقهم السهم وقال الشافعي يسهم لهم في قول لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد وقوله ولنا انه لم يوجد المجاوزة والاصح ما ذكره من قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة موقوف على عمر رضي الله عنه ومثله ليس بحجة عنده لانه لا يرى تقليد الصحابي اوتأويله ان يشهدها على قصد القتال الا ترى ان الكفار يشهدونها ولا شيء لهم وان لم يكن للامام حمولة يحمل الغنائم عليها من بعير او فرس وبغل وحمار قسمها بين الغانمين قسمة ايداع وكلامه واضح وقوله لانه ابتداء اجارة اي من كل وجه وهذا احتراز عن اجارة مستانفة في حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما في مسئلة السفينة فان من استاجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد عليه اجارة اخرى باجر المثل بغير رضى المالك وقوله وصار كما اذا نفقت الدابة يعني كونه ابتداء اجارة من كل وجه وقوله ولم يجبرهم في رواية السير الكبير ظاهر ويكون الاجر من الغنائم يدل به قبل الخمس لان هذا الاستئجار منفعة للغانمين فهو كالاجر لسوق الغنم والرمك وحق اصحاب الحمولة لا يمنع صحة الاستئجار لان شركة الملك هي التي تمنع صحة الاستئجار لا شركة الحق كما في مال بيت المال وقوله ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة واضح مما تقدم وقوله ولا

ملك قبل الاحراز وفيه نظر لانه يناقض قوله فيما تقدم او بكل منهما يتم الملك والجواب انه ترك ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيها لما تقدم اعتمادا على ذكره هناك او لان ذلك بالعارض لحاجة ولا اعتبار للعوارض الاصلية وقوله وقد بيناه في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب وقوله ولا باس بان يعلف العسكر دوابهم العلف في دار الحرب وقوله ولم يقيده بالحاجة يعني القدوري في مختصره وقد شرطها يعني محمدا في رواية وهي رواية السير الصغير ولم يشترطها في اخرى وهي رواية السير الكبير ووجه كل منهما ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وعلف ظهره اي دابته ولفظ الظهر مستعمل للمعنى والمراد الطعام فيعتبر حقيقتها اي حقيقة الحاجة في السلاح وقوله والدابة مثل السلاح يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر حاجة الركوب اما اذا اعتبر فيها الاكل فهي كالطعام ويستعملوا الحطب في بعض النسخ الطيب بدل وليس بصحيح لان القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الاستعاع بالطيب فاما الحطب فلتعذر ان يحمل من دار الاسلام كما يحتاج اليه في العلف واما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن المأكول كالزيت لانه لما كانت مأكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى اكله واذا لم يكن مأكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة وقوله ويوقحوا به الدابة التوقيح تصليب حوافرها بالشحم المذاب اذا حفي من كثرة المشي وذكر عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قراءنا على المشايخ قال صاحب المغرب والراء خطأ لان الاول لغته اولى وانه قلت هذا التعليل كان منقولا عنه فهو مناقض لانه ترك ما هو اولى تحرى خطأ وقوله وتأويله الاخر انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لانه اذا احتاج الغازي الى استعمال السلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقوله وقد بينا اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الى اخره وقوله ولا يجوز ان يبيعوا الذهب والفضة ولا يتمولونه اي يتخذونها للعروض وقوله على ما قدمنا يعني انه لا ملك قبل الاحراز وكلامه واضح وقوله يباح له الانتفاع في الفضلى اي فضل السلاح وفضل الثياب والدواب قال ومن اسلم منهم انما احتاج المصنف الى تأويله بمعناه في دار الحرب ليعم الاحراز به عن متنامين فحل دار نا بامان فاسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان اولاده وامواله كلها في والفيء اسم لما نيل من الكفار بعدما تضع الحرب اوزارها وتصير الدار دار الاسلام وقوله لان مادام شالا يتأتى الاسترقاق لانه يتبع حرا متشكلا فيه عن عبادة ربه فانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله تعالى بان صيره عبد عبيده ولما كان متشكلا وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو متشكا في فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن استرقاق حالة البقاء فان الاسلام لا ينافيه كما لكم وقوله واولاده الصغار وكذا ما المنصوبات بالعطف على معمول احرز وقوله في يد صحيحة احتراز عن يد الغاصب وقوله محترمة احتراز عن يد الحربي وقوله وقيل هذا اي كون عقاره فيئا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر رحمهما الله قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير فما كان في يده من المال فهو له الا العقار فانه في في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف استحسن في العقار ان اجعله له لانه ملك محترم له كالمنقول وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد الا ان يكون عنه ايضا روايتان فيدخل هذا الخلاف وقوله عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان اليد على العقار انما يثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها اقوى من يده لغلبتهم وعند محمد رحمه الله تعالى وزوجته في لانها كافرة لا تتبعه في الاسلام لان المتابعة في الكتابية ويبقى كتابيته فلم تصر مسلمة تبعا لزوجها اذ هو متباين باعتقاد وكذا حملها في خلافا للشافعي رحمه الله في حملها هو يقول انه اي الحمل مسلم بتبعية ابيه والمسلم لا يسترق كالولد

المنفصل ولنا انه جزؤها وهي قد صارت فيئا بجميع اجزائها الا ترى انه لا يجوز ان يستثني الجنين في اعتاق
الام كما لا يستثني سائر اجزائها فكما انه لا يصير عبدا عند اعتاق الام مستثنى بحال فكذا في الاسترقاق
لا يصير الجنين مستثنى بعد ما ثبت الرق في الام وقوله والمسلم محل التملك احتراز عن قوله انه مسلم تبعا
وتقريره سلمنا انه مسلم تبعا لكن المسلم محل التملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم امة الغير يكون الولد رقيقا
بتبعية الام وان كان مسلما باسلام ابيه وقوله بخلاف المنفصل وهو ظاهر وكذلك قوله واولاده الكبار
فيء ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار وفي ومن
لم يقاتل فليس في ايديهم اتباعه وقوله وما كان من مال في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده
ليست محترمة اعترض عليه بان ما قام مقام غيره فانما يعمل بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب
مع الماء في التيمم ولما كان الحربي في مقام المودع المسلم كان الواجب ان يكون يده كيد مسلم محترما نظرا الى
نفسه لا غير محترم نظرا الى الحربي واجيب بانه قائم مقام يد المودع على الوديعة حقيقة وقائم مقام يد المالك
حكما في اعتبار الحكم ان اوجب العصمة فاعتبار الحقيقي عدمها والعصمة لم تكن ثابتة لان المال في الاصل
على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك ولما ثبتت الشبهة لم تثبت يد المالك المعصوم له
حقيقة بل حكما والحكم مع الاحترام لانه بدون الاحترام لا يعارض جهة الاباحة الاصلية فلا تثبت بالشك
وقوله وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي اختلف نسخ الهداية في هذا الموضع فبعضها وقع هكذا فما كان غصبا
في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في
السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد فهو ليس بصحيح لانه ليس بمذكور
في السير الكبير بلفظ قالا بل ليس لابي يوسف فيه ذكر وبعضها وقع هكذا وذكر قول ابي يوسف مع قول
ابي حنيفة رحمهما الله وهو ايضا ليس بصحيح لان المذكور في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع
قول محمد رحمهما الله وبعضها وقع هكذا فهو فيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يكون فيئا
قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شروح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول
محمد رحمهما الله وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع
قول محمد رحمهما الله وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير ولهما ان المال تابع للنفس لكونه وقاية
لها والنفس صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها وله اي لابي حنيفة رحمه الله انه اي المال الذي في يد
المسلم او الذمي من الحربي الداخل مال مباح لانه ليس بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر
واما حكما فلانه في يد نائبه ليكون كيده في يد الغاصب وهو ليس بنائب بخلاف المودع وكل ما هو مباح يملك بالاستيلاء
بلا خلاف وقوله والنفس لم تصر معصومة جواب عن قولهما وقد صارت معصومة باسلامه الا ترى انها ليست
بمتقومة حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لو لم تكن معصومة لما كانت محرم التعرض
كالحربي وليس كذلك اجاب بقوله لانها محرم التعرض في الاصل يعني ان حرمة التعرض
ليست لكونها معصومة وانما هي باعتبار ان النفس على الاطلاق محرم التعرض في الاصل لكونها مكلفة لتقوم
بما كلفت به واباحة التعرض انما هي بعارض شره وقد اندفع بالاسلام فعادت الحرمة الاصلية لا باعتبار انها
معصومة بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك فكان المقتضي موجودا والمانع
منتف لان المانع كونه في يده حقيقة وحكما مع الاحترام وهذا ليس في يده حكما لان يد الغاصب
ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فجعل كانه ليس في يد احد فكان فيئا وقوله واذا خرج المسلمون
قاهرا وقوله معناه اذا لم يخمس يعني الغنيمة وقوله اعتبارا بالمتلصص فانه اذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب

مغيرين

مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا فهو لهم ولا يخمس لانه ليس بغنيمة اذ الغنيمة هو المأخوذ قهرا باذن
الامام بل هو مباح سبقت ايديهم اليه وقوله وبعد القسمة تصدقوا به اي بقيمة ما فضل من طعام
او علف اخذوه من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار الاسلام تصدقوا به وينتفع المحتاج
اي المحتاج وقوم محاويج وقوله لتعذر الرد على الغانمين يعني لتفرقهم وقوله فاخذ حكمه اي اخذت
القيمة حكم الاصل انما ذكر ضمير القيمة على تأويل قيمته او على تأويل المذكور يعني لو كان فاضل الغنيمة الذي
معه قائما بعينه وهو فقير حل له التناول منه فكذا يحل له التناول من قيمته لان القيمة تقوم مقام الاصل

فصل في كيفية القسمة

لما بين احكام الغنائم لا بد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في
مكان معين وقوله ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس اي
اخرجه استثناء فحكمه الاخراج لوجود معناه فيه ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين بالكتاب
والسنة والاجماع فلان الله تعالى قال واعلموا انما غنمتم من شيء اضاف الغنيمة الى الغانمين وهم
الغزاة ثم قال فان لله خمسه فكان بيانا ضرورة ان بقية الاخماس للغزاة وتعرف ذلك في اصول الفقه
واما السنة فلان النبي صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع
فيقسم بينهم وايضا لا بد من ايصال الحق الى مستحقه ثم كيفية القسمة ان يعطى الفارس سهمان والراجل سهما عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا وهو قول الشافعي للفارس ثلاثة اسهم وورد في ذلك ما ذكر في الكتاب
والغناء بالفتح والمد الاجزاء والكفاية والكر الحملة والفر يعني الفرار والهزيمة انما يعني لاجل ان يكون اكثر اشد
كان من الجهاد والفرار في موضعه محمود لئلا يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة
ولابي حنيفة رحمه الله ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه وهو ظاهر ولكن طريقه استدلاله بمخالفة
لقواعد الاصول فان الاصل ان الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعده لا الى ما
قبله وهو قال فتعارض فعلاه فرجع الى قوله والمسلك المعهود في مثله ان يستدل بقوله ويقول فعله لا يعارض
قوله لكون القول اقوى بالاتفاق وقوله واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره اي سلمت عن المعارضة
فيعمل بها يعني رواية ابن عباس رضي الله عنهما وقوله فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل لا يشكل الفرد
ليس بمحمود بل الفرار انما يحسن اذا فعل لاجل الكر فيكونان من جنس واحد ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة
لتعذر معرفته يعني قد يزيد الفارس على فارس اخر والراجل على راجل اخر في الغناء والوقوف على ذلك
الزيادة متعذر لانها تظهر عند المسابقة وكل منهم مشغول بروحه واذا كان متعذرا وله سبب ظاهر
ادير الحكم عليه وللفارس سببان نفسه والفرس وللراجل سبب واحد وهو نفسه فكان استحقاق الفارس
على ضعفه وقوله ولا يسهم الا لفرس واحد فاصح حاصل الدليلين ووقوع التعارض بين روايتي فعله
صلى الله عليه وسلم والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس بقوله ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة
فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى زيادة الغناء بالقتال عليهما فيقسم لواحد ولهذا لا
يسهم لثلاثة افراس وقوله وما رواه محمول على التنفيل الخ استظهار في تقوية الدليل لانه ما رواه

ما اسقط بالمعارضة لاحتياج الجواب عنه اولا وبيانه والبراذين والعتاق سواء البراذين جمع برذون وهو فرس
العجم والعتاق الكرائم يقال عتاق الطير والخيل لكرائمها والعراب خلاف فرس العجم والهجين ما يكون ابوه من
الكوادن وامه عربية والكودن البرذون والعتاق لان اهل الشام يقولون لا نسهم للبراذين ورووا فيه
حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا وحجتنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله اليق عطفا بفتح
العين وكسرها فمعنى الفتح الامالة ومعنى الكسر الجانب قال ومن دخل دار الحرب فارسا هذا لبيان وقت
اقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقتها وقت مجاوزة الدرب عندنا قوله وهكذا اي
كقول الشافعي رحمه الله وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمهما الله في الفصل الثاني يعني ما اذا دخل
دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا وفي ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان والحاصل
ان المعتبر عندنا في وقت اقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب قال الخليل
الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها لكن المراد بالدرب
ههنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوزنا الدرب ودخلنا في حد
دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب ودخلوا في حد دار الاسلام وعنه حال انقضاء الحرب اي
تمامها وهذه رواية عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر حال شهود الوقعة ودليله يدل على ذلك
وكان المصنف اشار بقوله حال انقضاء الحرب الى احدى الروايتين عنه وبالدليل الى الاخرى لان
قوله فيعتبر حال الشخص عنده اي عند القتال اشارة الى حال شهود الوقعة لا الى حال انقضائها وقوله
والمجاوزة وسيلة الى الشهود كالخروج من البيت يعني القتال غاية ووسيلة الى السبب ولا
معتبر به في اعتبار حال الغازي من كونه فارسا وراجلا وكذا حكم في هذه الوسيلة فقوله وتعليق بها
جوابه ما سنذكره في تعليلنا ان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وبيانه ان الاحكام تعلقت بوجود
القتال حقيقة كاعطاء الرضخ للصبي اذا قاتل وكذلك المرأة والعبد والذمي ولو كان ذلك متعسرا
لما ترتبت عليه الاحكام ولئن سلمنا عسره لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا او فارسا بحالة هي
اقرب الى القتال وهي شهود الوقعة لا مجاوزة الدرب وقلنا ان المجاوزة نفسها قتال لان القتال
اسم لفعل يقع به العدو بخوف ومجاوزة الدرب قهرا وشوكة يحصل لهم الخوف فكان قتالا واذا وجد
اصل القتال فارسا لم يعتبر بحكمه بتغير حاله بعد ذلك لان ذلك حالة دوام ولا معتبر بها لانه لا يمكن
تعليق الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه ان يقاتل فارسا دائما لانه لا بد له من ان ينزل في بعض
المضايق خصوصا في الشجرة او في الحصن او في البحر وقوله ولان الوقوف على حقيقة القتال واضح على ما
ذكرناه وقوله ونعم مخبر يعني يحمل الخيل المكاتب عن اداء بدل الكتابة فيعود الى الرق وحينئذ كان
للمولى ولاية المنع فيمتنع في الحال لوجود التوهم وقوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال الظاهر
واعترض عليه بانها لو كانت عاجزة عن الماضي لما صح امانها لانه انما يصح ممن يخاف عليه القتال
لقدرته على القتال واجيب بان الامان صحته لا يتوقف على القدرة على حقيقة القتال بل يثبت
بشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال لما لها من حيث رأيها
وعشيرتها واما السهم من الغنيمة فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة عنه ولا
يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد فلا يبلغ بسهمه سهم المجاهدين وعلى قول الشيخ عمله على الدلالة
ليست من عمل الجهاد وكانت بمنزلة كسائر الاعمال فيبلغ اجره بالغا ما بلغ قال رحمه الله واما الخمس
فيقسم على ثلاثة اسهم ههنا مر بيان لحكم الاربعة الاخماس واما الخمس فيقسم على الاسهم سهم اليتامى
وسهم المساكين وسهم ابناء السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم اي في الاصناف الثلاثة ومعنى

على الاصناف الثلاثة

هذا الكلام ان ايتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون عليهم ومساكين ذوي القربى يدخلون
في سهم المساكين وابناء السبيل منهم يدخلون في ابناء السبيل وسبب الاستحقاق في هذه الاصناف الثلاثة
الاحتياج غير ان سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل لما انهم مصارف لا مستحقون
حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا كما في الصدقات ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي
رحمه الله لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون
لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل لقوله تعالى ولذي القربى
من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم اجمعين قسموا
الخمس على ثلاثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ولم يخالفهم احد فكان اجماعا وقوله وقد قال النبي صلى
الله عليه وسلم دليل على انه لم يصرف الى اغنيائهم شيئا لانه قال يا بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة ايدي
الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء
يعني ان المعوض وهو الزكاة لا يجوز دفعها الى الاغنياء فكذلك يجب ان تكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم
لا تدفع اليهم لان العوض انما يثبت في حق من فات عنه المعوض والا لا يكون عوضا لذلك المعوض فان قيل
هذا الحديث اما ان يكون ثابتا صحيحا اولا فان كان الاول وجب ان يقسم الخمس على خمسة اسهم وانتم تقسمونه
على ثلاثة اسهم وهو مخالفة منكم للحديث الثابت الصحيح وان كان الثاني لا يصح الاستدلال لكم اجيب
بان لهذا الحديث دلالتين احديهما انه عوض في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية
جعله على خمسة اسهم ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة اسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين
رضي الله عنهم كما تقدم ولم يقم الدليل على تغير العوض عما فات عنه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على
تكرار الصلاة على الجنازة بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة رضي الله عنه سبعين
صلاة وهو لا يقول بالصلاة على الشهيد والذي يقول بالحديث ولانا نرد احديهما باقية وان انتفت
الاخرى فان قيل لو كان ما ذكرتم صحيحا لجميع ما تمسكتم به لما اعطاهم النبي صلى الله عليه وسلم وقد ثبت
انه صلى الله عليه وسلم اعطى بني هاشم وبني المطلب اجاب بقوله والنبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة الا ترى
انه صلى الله عليه وسلم علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام
وقصته ما روي عن جبير بن مطعم انه قال لما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم
سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان
حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك
الله به فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال صلى الله عليه وسلم انا وبنو
المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه واشار الى النصرة واذا كان
كذلك دل على ان المراد بالنص اعني قوله تعالى ولذي القربى قرب النصرة لا قرب القرابة والمراد بالنصرة نصرة
الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال يشير اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا نفترق في جاهلية ولهذا يعرف النساء
والذراري واذا ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى الاعطاء
لان الحكم ينتهي بانتهاء علته والله اعلم قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم
ذوي القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلاثة المذكورة في النص فقال فاما ذكر الله تعالى في الخمس يعني قوله تعالى
فان لله خمسه فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي
بالاجماع لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته لان الحكم مرتب على المشتق فيكون المشتق منه علة
ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه عليه الصلاة والسلام مثل درع او سيف او جارية اصطفى ذا الفقار

ولا اسلام صح

من غنائم بدر واصطفى صفية من غنائم خيبر وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة
عليه ما قدمناه انه كان يستحقه برسالته وسهم ذوي القربى وكانوا يستحقونه في زمن النبي
صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا بقائل قوله وسهم ذوي القربى دفع لمكر الحكم وتعليلا لانا
نقول ما ذكره اولا كان في خبر حملا على القسمة على ثلاثة اسهم وهكذا نقل كلام صاحب التذكرة
قال اي القدوري وبعده اي بعد زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالفقر قال المصنف وهذا استحقاقهم
بالفقر قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع يعني قوله ولنا
ان الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلاثة ولا يظن بهم انهم خفي عليهم النص او منعوا حق ذوي الاربعة
القربى فكان اجماعهم دليلا على انه لم يبق استحقاق لاغنيائهم وفقرائهم ومنع الشافعي الاجماع وسنده ما
روي عن ابي جعفر محمد بن علي رضي الله عنه قال كان رأي علي رضي الله عنه في الخمس رأي اهل بيته ولكن
كره ان يخالف ابا بكر وعمر رضي الله عنهما والاجماع بدون اهل البيت لا ينعقد قلنا لا يحل للمجتهد ان يترك رأي
نفسه برأي مجتهد آخر احتشاما له فانه ثبت مما روي ذلك انه كره المخالفة لانه رأى الحجة معهم فقد خالفهما
في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده وقوله ولان فيه اي في سهم ذوي القربى معنى الصدقة لان الهاشمي
الذي يصرف اليه فقير لا يجوز صرفه اليه بعد النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات عن اصحابنا رحمهم اذا لم يكن فقيرا
الله فلما كان فيه معنى الصدقة حرم ذوي القربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى
على عمله وقد مر في الزكاة وهذا الدليل ان كان بالنسبة الى اصحابنا فهو تام وان كان بالنسبة الى الشافعي
رحمه الله فليس بذلك لان كون المصرف فقيرا ليس الا في محل النزاع عنده فانه يسوي بين الغني والفقير
وجه الاول يعني قول الكرخي وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد
على سقوط حق الاغنياء يعني اجماع الخلفاء الاربعة الراشدين كما مر فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلاثة
كما تقدم في اول البحث وكرر تعليق الزيادة في الايضاح وانما قال وقيل هو الاصح لان صاحب المبسوط اختار قول
ابي بكر الرازي ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف اليهم مجازاة على
النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مختار العتقاوي كما اشار
اليه بقوله وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة وقوله واذا دخل
الواحد او الاثنان ظاهر وقوله والمشهور انه يخمس على ظاهر ووجه الرواية الاخرى ان العدد اليسير
انما يدخلون لاكتساب المال بطريق التلصص لا يقدر على القهر والغلبة فان قلت قوله تعالى
واعلموا انما غنمتم من شيء مطلق فيجري الخمس في الادنى اي لم يرحلوا اجيب بان الغنيمة اسم لما هو المأخوذ
قهرا وغلبة وما اخذه اللص سرقة وما اخذه الواحد والاثنان مختلسة فلا يدخل تحت الغنيمة وقوله وان دخل جماعة
لها منعة المنعة السرية نقل الناطفي عن كتاب الخراج لابن الحجاج كان ابو حنيفة رحمه الله يقول اذا دخل
الرجل وحده فغنم وكذا عسكر في ارض الكفر للمسلمين لا يخمس ما اخذه حتى يصير واتسعة فاذا بلغوا ذلك
فهم سرية وقوله لانه لو خذلهم اي ترك عونهم كان فيه وهن المسلمين اي ضعفهم والله اعلم بالصواب

فصل في التنفيل

التنفيل نوع من التصرف في الغنائم يفصل بقوله نفل الامام الغازي اي اعطاه زائدا على سهمه بقوله من

قتل

المعارضة ممنوعة اذ التحريض قد يكون باللفظ وغيرها

قتل قتيلا فله كذا قوله لا بأس بان ينفل الامام يدل على ان قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون
تركه اولى ليس يجري على عمومه فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب لانه تحريض والتحريض مندوب
اليه بقوله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال فان قيل الامر المطلق للوجوب فما الصارف
عنه الى الاستحباب فالجواب انه يعارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف الى الاستحباب وقوله من قتل قتيلا
تسميته قتيلا باسم ما يؤول اليه وقوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر يعني التنفيل بالسلب وقد يكون بغيره
نحو الذهب والفضة لان النبي صلى الله عليه وسلم نفل ابن مسعود يوم بدر بسيف ابي جهل وكان عليه
فضة ولا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل وان فعله مع السرية جاز
لما ذكر في الكتاب وكذا في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا ما اصبتم فهو لكم نفلا بالسوية
بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض
بالتنفيل وكذلك اذا قال لهم ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي اوجبه
الله تعالى في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز وقوله لانه لا حق للغانمين في الخمس
فيه نظر لانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين ففيه ابطال حق الاصناف الثلاثة وذلك لا يجوز
واجيب بان جوازه باعتبار ان المنفل له يجعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن فيه ابطال
حقهم اذ يجوز صرف الخمس الى احد الاصناف لما تقدم انهم مصارف لا مستحقون لكن ينبغي
ان يكون المنفل له فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين
وقوله وقال الشافعي رحمه الله ظاهر وقوله وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فيحمل
وهو الظاهر لان من ذلك انما يكون نصب الشرع اذا قاله بالمدينة في مسجده فلم ينقل عنه ذلك
الا يوم بدر وحنين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من اخذ اسيرا فهو له ثم كان
ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب فيحمل على انه يعني على التنفيل لما روينا من حديث حبيب
ابن ابي سلمة دفعا للتعارض وقوله وزيادة الغناء جواب عن قوله لان القاتل مقبلا اكثر غناء وقوله
لما ذكرنا اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة او من قوله لان الكر
والفر من جنس واحد في فصل كيفية القسمة وقوله لما مر من قبل اشارة الى ما ذكر في باب الغنائم
وقسمتها بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الاحراز لم يثبت الاستيلاء ما
لم يثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء فلما لم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك وقوله لان التنفيل يثبت
به الملك عنده وكذلك ان المدد لا يشاركونه فيها كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وهو ليس متفق
عليه لانه من اصحابنا من يقول قسمة الامام لا تعدم المانع من تمام القهر فهو كونهم مقهورين كان
وكانه لم يعتد ذلك الاختلاف لعدم شهرته وقوله ووجب الضمان مرفوع على الابتداء وقوله قد قيل
على هذا الاختلاف وجوب وفي بعض النسخ وقد قيل بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك اي يثبت الملك
ووجوب الضمان للمنفل له على من اتلف من الغزاة سلبه الذي اصابه والاول اولى وانما ذكره دفعا للشبهة
ترد على قول ابي حنيفة وابي يوسف وبيان ذلك ان محمدا رحمه الله ذكر في الزيادات ان المتلف لسلب
نفله الامام يضمن لان الحق متأكد ولم يذكر الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام
الملك فينبغي ان يحل الوطء على مذهبهما ايضا لعدم الاستبراء فقال في دفع ذلك انه ايضا على الاختلاف وعند
محمد يضمن وعندهما لا يضمن والله اعلم بالصواب

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار الحقيقية بذكر عكسه لانقسامها على احكام مختلفة فكان تخليقا بتبويب
باب له وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة ان يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك
جمع التركي والروم جمع الرومي اي الرجل المنسوب الى بلادهم والمراد به كفار الترك من اهل الروم لان
الماخوذ صار ملكا للترك كسائر اموالهم وقوله لان الاستيلاء محظور ابتداء اي في دار الاسلام وانتهاء
اي في دار الحرب بعد الاحراز وقوله على ما عرف من قاعدة الخصم ان المحظور لو لم يصلح سببا
للملك كما في البيع الفاسد واما المحظور من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه كما في البيع الباطل
كالبيع بالميتة اي الدم فانه لا يوجب الملك بالاتفاق ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح وبيانه
ان العصمة ثابتة على خلاف القياس وقوله دخنه اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح وبيانه
ان العصمة في المال انما تثبت لعين المال والكافر انما ثبت على منافاة الدليل فان الدليل وهو قوله
تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا الآية يقتضي ان لا يكون مال ما معصوما لشخص ما وانما
يثبت العصمة لضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة بالاستيلاء عاد مباحا كما كان
غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه اي لان الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على المحل حالا
ومآلا والكفار ما داموا في دار الاسلام اقتدروا على المحل حالا وانتم تقتدرون عليهم مآلا الا بالاحراز
لانهم ما داموا في دارنا فهم مقهورون بالدار والاحراز بها وقوله والمحظور لغيره جواب
عن قول الخصم لان الاستيلاء محظور وتقريره سلمنا انه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه على
ما ذكرنا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك كالصلاة في الارض المغصوبة فانها تصلح
سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الآخرة فلأن يصلح سببا للملك في الدنيا اولى فان قيل
لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية حق الاسترداد للمالك القديم من الغازي
الذي وقع في قسمته او ممن الذي اشتراه من اهل الحرب بدون رضا الغازي اجيب بان حق
الاسترداد للمالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم الا ترى ان للواهب الرجوع في
الهبة والاعادة الى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال وكذا الشفيع
ياخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضا المشتري مع ثبوت الملك وقوله فان ظهر عليه
المسلمون واضح وقوله لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة قيل عليه بان الملك بتبدل
له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما اذا ثبت لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما
تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما في ايدي الباقين واجيب بان الملك هنا ايضا ثبت بالعوض معنى
لان المكافاة مقصودة في الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك معتبرا في اثبات حقه في
القيمة وقوله ولو كان مغنوما يعني لو كان ما اخذه الكفار من المسلمين مغنوما اي ماخوذا بالقهر
والغلبة وهو مثلي كالذهب والفضة والحنطة فالتجر ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان
الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا يعني اذا كان ما اخذه الكفار من
المسلمين مثليا فاشتراه منهم مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له ان ياخذه
منه لانه غير مفيد وانما قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم باكثر قدرا منه في مجلس
آخر او بجنسه وكيله اردى منه وصفا فان له ان ياخذه بمثل ما اعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربوا
لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لا انه يشتريه ابتداء قال فان اسروا عبدا اذا اخذ الكفار
عبدا ودخلوا به دار الحرب فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه
بالثمن الذي اخذ به من العدو واما الاخذ بالثمن فلما قلنا ان المشتري يتضرر بالاخذ مجانا ولا ياخذ الارش

اذا كان موهوبا لا ياخذه لما بينا ان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا هنا

نسخة نظر ...

لان الملك فيه صحيح فكان الارش حاصلا في ملكه وليس له في الاعادة الى قديم الملك حتى يكون المولى
احق به كالرقبة ومع هذا لو اخذه فانما ياخذ بمثله لان الارش دراهم او دنانير فهو لا يفيد وقوله لان
الملك فيه صحيح احتراز عن المشتري شراء فاسدا فان الاوصاف هناك مضمونة ولا يحط شيء من الثمن
لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن واستشكل هذا التعليل ههنا لان الاوصاف انما لا يقابلها شيء
من الثمن اذا لم تصر مقصودا الا ترى انه لو اشترى عبدا ففقئت عينه واخذ الارش ثم
قصد بيعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول والخلاف فيما اذا
اعورت واجاب بعضهم بانه يحط في المرابحة للشبهة لانه صار كانه اشترى شيئين بالثمن ثم باع احدهما
بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع الآخر مرابحة لما ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المرابحة تحرزا
عن شبهة الخيانة ولا كذلك ههنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها
شيء من الثمن فيها حتى لو استهلك المشتري من الدار شيئا سقط حصته من الثمن لان المشتري في
الذي وجبت الشفعة فيه بمنزلة المشتري شراء فاسدا كما في الغصب فان من غصب جارية فذهبت احدى
عينيها ضمن نصف قيمتها فان قيل شراء التاجر ههنا ايضا بمنزلة المشتري شراء فاسدا كما في المعنى المذكور
وهو وجوب الرد واجيب بان الحاق مشتري الشفعة بالمشتري شراء فاسدا من حيث وجوب الرد الى الشفيع
ومن حيث تحريم ضرر البائع الا على الجار اولا ترى البيع ان رغب عنه الجار فاذا لم يفعل ذلك صار ذلك كمكروه
فصار كتمكن الفساد في العقد ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فانه لا يجب عليه العوض على المالك قيل في مسألة
الشفعة ايضا اذا كان هلاك بعض المشتري بآفة سماوية لا يقابل الاوصاف شيء من الثمن فلم تكن مخالفة
لمسألة التاجر واجيب بانها مخالفة في صورة العيب فان التاجر اذا فقأ عين الجارية لا يلزمه حط
شيء من الثمن بخلاف ما اذا استهلك المشتري بعض الاشجار في الشفعة فانه يحط حصته من الثمن وقوله
وان اسروا عبدا صورته ظاهرة واعترض على قوله وللمشتري الاول ان ياخذه من الثاني بالثمن بانا
لو اثبتنا حق الاخذ للذي اشتراه من العدو اولا تضرر المالك لانه حينئذ ياخذه بالثمنين واجيب بان
رعاية حق من اشتراه من العدو اولى لان حقه يعود في الالف التي نقدها بلا عوض يقابلها والمالك
القديم يلحقه الضرر لكن بعوض خاص يقابله وهو العبد فكان ما قلناه اولى وقوله وكذا من سواه
اي من سوى الحر وقوله نغلب على رقابهم اي رقاب احرار الكفار ومدبريهم وامهات اولادهم وقوله ولكن
جناية من هو من مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا فلا يملكهم الكفار وان استولوا
عليهم واذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة ايضا حتى لو كان اخذهم اهل الحرب من دار الاسلام ثم
ظهر عليهم فهم ملاك لهم قبل القسمة وبعدها بغير شيء قال واذا ابق عبد المسلم قالوا قيد بمسلم اتفاقي لان عبد
الذمي كذلك فدخل اليهم فاخذوه لانه سقوط اعتبار يده اي اعتبار يد العبد لتحقق يد المولى عليه تمكينا
له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه لانه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى
عنه لا الى من يخلفه لان يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء وحين لم يبق
ذلك لا محالة تصير في يد نفسه وهي يد محترمة تمنع الاحراز فيمتنع التملك لانه لا يملك بدون الاحراز
فان قيل لا نسلم انها زالت لا الى من يخلفه فان يد الكفرة تخلف يد المولى لان دار الحرب في ايديهم
اجيب بان يد الدار يد حكمية لا يكون في يد احد عند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد
العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار الثابتة حكما قال فخر الاسلام رحمه الله وفيه نظر لان حصول اليد الحقيقية
للعبد في حيز النزاع والجواب ان اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء وحين
دخل العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقية لعتق وليس

من حيث ان الكل يلحقه وجوب الرد والاوصاف تضمن في المشتري شراء فاسدا

فدخل اليهم اذا ابق عبد لمسلم

كذلك أجيب بمنع الملازمة لأن ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى فإنه لما ظهرت يده على نفسه
صار غاصبا ملك المولى وجاز أن يوجد اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشتري قبل القبض فإن ثبت
الملك للمولى واليد لغيره وقوله بخلاف المتردد يعني في دار الإسلام لأن يد المولى باقية عليه
حكما لقيام يد أهل الدار فتمنع ظهور يده وقوله وهبه لابنه الصغير كان كإبطاله فيما اليد حكما تمنع
ثبوت اليد له فإن استولى عليه المشركون ملكوه وقد ثبت لهم الملك عند أبي حنيفة بأخذه الله
القديم بغير شيء إذا كان موهوبا أو مشتريا أما إذا كان موهوبا فظاهر لأنه أخذ بغير عوض فلا يتضرر بالأخذ
منه وأما المشتري فلأن المشتري فدى ملكه بغير أمره فكان متبرعا حتى لو أمره بذلك رجع عليه المشتري
بالثمن إن كان قبل القسمة وأما إذا كان بعدها فيؤدى عوضه من بيت المال لأن نصيبه قد استحق
فله أن يرجع على شركائه في الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم فيعوض من بيت
المال لأن هذا من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك وقوله وليس له أي الغازي أو
التاجر جعل الآبق لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه والجعل إنما يجب إذا عمل الآخذ على قصد
الرد إلى مالكه وقوله وإن ند إليهم بعير ظاهر وكذلك قوله فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس
ومتاع واعترض بأن على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضا بغير شيء لأنه لما ظهر يد
العبد على نفسه ظهرت على المال أيضا لانقطاع يد المولى عن المال لأنه في دار الحرب ويد العبد أسبق
من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم وأجيب بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت
ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال وقوله وإذا دخل الحربي
دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما أو ذميا أو أسلم من كان معه من العبيد أجبر على بيعه من
المسلمين كما لا يحتمل عنده فإنه مثل الذمي ملتزم أحكام الإسلام في دارنا أجبر على شرعه إلى التكاليف
والحربي ليس كذلك أجيب بأن الإمام ما في إبقائه في ملكه لأن فيه استذلالا للمسلم وأعطاه الأمان
على ترك ذلك فكان بالأمان ملتزما ترك إذلال المسلمين [illegible] ووجههما ظاهر ووجه أبي حنيفة رحمه
الله أن التخليص للمسلم عن ذل الكافر واجب معناه أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب على الإمام
فإن كان في دار الإسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الإعتاق لأن مال المستأمن معصوم ما دام
في دار الإسلام بمقتضى الأمان فإذا أدخله في دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان للإمام ولاية
وجب عليه إجباره على العتق لأن له عصمة ماله فإذا لم يكن له ولاية يقام شرط زوال عصمة المال وهو تباين
الدارين مقام علة الزوال وهي الإعتاق لأن الشرط قد يقام مقام العلة إذا لم يمكن إضافة الحكم إلى العلة كحفر
البئر على قارعة الطريق فإن قيل إقامة الشرط هنا مقام العلة يستلزم جعل المثبت للشيء مزيلا له وهو باطل
وذلك لأنهم إذا استولوا على عبد مسلم وأحرزوه بدارهم ملكوه فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه
وههنا جعلتموه مزيلا له وفيه أيضا نقض لقاعدة مطردة هي أن البقاء أسهل من الابتداء لأن هذا يفيد
ابتداء الملك دون بقائه فالجواب أن تباين الدارين مثبت للملك إن لم يكن ثابتا والملك فيما نحن فيه ثابت
بالشرع دون التباين فجعل مزيلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر على أنا ما جعلناه مزيلا وإنما جعلناه
قائما مقام المزيل والغرض صحيح فإن الشيء الواحد جاز أن يكون مزيلا [illegible] وهو الممنوع وبقاء الشيء أسهل من ابتدائه إذا لم
يعترض البقاء ما يزيله وقوله كما في تبانه مضي ثلاث حيض يعني تمثيل المسألة في قيام الشرط مقام العلة
[illegible] شرط البينونة في الطلاق الرجعي أقيم مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الإسلام وتفريقه
بعد الإباء عند عجز القاضي عن حقيقة العلة فيما إذا أسلم أحد الزوجين بدار الحرب وقوله وإذا أسلم عبد لحربي
ظاهر وقوله لما روي أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطائف

قال

قال أيما عبد خرج فهو حر فخرج ستة أعبد أو سبعة منهم فلما فتحت جاء مواليهم وتكلموا فيهم فقال النبي صلى الله
عليه وسلم أعتقهم الله وقوله ولأنه أحرز نفسه متصل بقوله ثم خرج إلينا وقوله أو بالالتحاق متصل بقوله
مراغما أي مغاضبا ومنابذا لأنه إذا خرج كذلك [illegible] يباع ويعتقه الحربي لأنه لم يخرج على سبيل التغلب
فصار كالحربي الذي دخل به مستأمن منا إلى دارنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المآب

باب المستأمن

لما فرغ من بيان حكم الجهاد الذي هو عبارة عن الاستيلاء على المحل قهرا وغلبة شرع في بيان الاستيمان لأن
طلب الأمان إنما يكون حيث يكون فيه قهر وغلبة وقدم استيمان المسلم تعظيما وكلامه ظاهر وقوله
والغدر حرام ودليله قوله صلى الله عليه وسلم لأصحاب السرايا ولا تغدروا وقوله بخلاف الأسير
يعني أن الغدر ليس بحرام عليه فإن الأسراء إذا تمكنوا من قتل قوم من أهل الحرب غيلة وأخذ أموالهم
وفعلوا ذلك وأخرجوا إلى دار الإسلام [illegible] فيباح لهم التعرض
وإن أطلقوهم طوعا لأنه لم يستأمن صريحا حتى يكون غادرا بأخذ أموالهم وقوله ملكه ملكا محظورا أي خبيثا
حتى لو كانت جارية يكره للمشتري أن يطأها لأنه قام مقام البائع ووطؤها للبائع كان مكروها فكذا المشتري
وقوله ملكه ملكا محظورا يعني أن مال أهل الحرب مباح في نفسه والحظر يعني في غيره وهو الأمان فلا يمنع انعقاد
سبب الملك وهو الاستيلاء على ما بيناه يعني في أوائل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره إذا صلح
سببا لكرامة تفوق الملك إلى آخره وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو باع بالدين فإن الإدانة
البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وقوله ولا ولاية وقت الإدانة أصلا أي لا على المسلم
ولا على الحربي ولا وقت القضاء على المستأمن وهو ظاهر وكذا إذا لم نقض على الحربي لم نقض على المسلم أيضا
للتسوية بينهما وقوله وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذي غصبه أي سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب أو
مسلما مستأمنا منها لأن مال كل واحد منهما كان مباحا وقت الغصب في حقه فملكه بالغصب لأن الغاصب
إن كان هو المسلم نفتي برد المغصوب على المالك ولا نقضي عليه لأنه لما دخل دارهم بأمان التزم أن لا يغدر
بهم وفي أخذ أموالهم على هذا الوجه غدر وقوله كما بينا يعني تقدم أما غصب الكافر فقد ذكر في مسألة
الاستيلاء بقوله ورد على مال مباح
مال مباح وأما غصب المسلم فقد ذكر في إذا دخل الواحد والاثنان منعة من نفراده الإمام فأخذ شيئا
فإنهم يملكونه وقوله لما قلنا إشارة إلى قوله من قبل أن القضاء يعتمد الولاية إلى آخره وقوله ولو خرجا مسلمين
ظاهر وقوله فغصب حربيا أو غصب شيئا من حربي ليس هذا مخصوصا بخروجهما مسلمين بل لو خرج المسلم
الغاصب والحربي مستأمنا منا فالحكم كذلك وقوله فعلى القاتل الدية في ماله يعني في العمد والخطأ وكذا
مر عن خلو في عاقلة الشيخ وذكر الإمام قاضي خان أن هذا الحكم قول أبي حنيفة رحمه الله ثم قال وقال أبو
يوسف ومحمد رحمهما الله عليه القصاص في العمد لأنه قتل شخصا معصوما ليس من أهل دار الحرب فيجب بقتله
ما يجب به في دار الإسلام ولأبي حنيفة رحمه الله أنه تكثير سوادهم من كل وجه بتوطنه فيهم كان يسقط العصمة
فكان [illegible] وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص وقوله وأما الكفارة فلإطلاق الكتاب يعني قوله تعالى فتحرير
رقبة مؤمنة وأما الدية فلأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بأمان لأنه كان

على قصد الرجوع كان كانه في دار الاسلام تقديرا حتى ان للشافعي رحمه الله لما كان على قصد الرجوع كان كانه
في دار الحرب حتى لا يقتل الذمي به وكان القياس وجوب القصاص الا انه لم يجب لما ذكر في الكتاب وهو وقوع
وقوله لما بينا اشارة الى ان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وقوله
لما قلنا اشارة الى قوله لان الغزاة لا تحتمل العهد وقوله ولابي حنيفة رحمه الله انه صار مستامنا يعني
اهل الحرب اموالنا لانهم غير معصومين فكذلك الاتباع وقوله ولهذا توضيح للتبعية وقوله فيبطل
به الاحراز اصلا اي يبطل بالاسر العصمة المتقومة بالكلية وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا بجامع
تبعية اهل الدار بالتوطن ولم تجب الدية لانها مبنية على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة
وهي بالاسلام والله اعلم

فصل

هذه المسائل لما يتعلق بها اختلاف في احكامها وكلامه ظاهر والعشر هو الخاس
والعون الظهير على الامر والجمع الاعوان والميرة الطعام يمتاره الانسان من
ما يحتمل والجلب الاجلاب الذين يجلبون الى بلاد الغنم للبيع وقوله بعد تقدم الامام يقال تقدم
اليه الامر بكذا او في كذا اذا امره به وقوله للامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة يعني ان تقدير الحول
ليس بلازم بل لو قدر الامام اقل من ذلك على حسب ما يراه جاز لكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول فاذا اقام
بعد ذلك في دارنا يصير ذميا وفي المدة المضروبة فيعتبر الحول بعدها فاذا زاد ستة الى ان يكون ذميا عليه
انه اذا جاوز السنة يأخذ منه الخراج حينئذ بأخذه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه لما اقام
سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما الجزية وقوله فاذا وضع اليه الخراج فهو ذمي قال في النهاية وكذلك
لو لزمه عشر فانه على قول محمد رحمه الله بان اشترى ارضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض لا بخراج
الارض بمنزلة خراج الراس فكل واحد منهما من احكام دارنا فيلزمه بوجوب الخراج عليه رضي ان يكون
من اهل دارنا وقوله تعتبر المدة من وقت وجوبه اي وجوب الخراج وقوله في الكتاب اي في
الجامع الصغير فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح من محمد رحمه الله بشرط الوضع اي بان وضع الخراج
عليه شرط في جعله ذميا والمراد من وضع الخراج التزام خراج الارض بمباشرة سببه وهو الزراعة او
تعطيلها عنها مع التمكن منها ودلت المسئلة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشراء ومن المشايخ من قال يصير
ذميا بنفس الشراء لانه لما اشترى ارض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من احكام
الاسلام كذا ذكره قاضيخان وليس بصحيح لما اشار اليه المصنف بقوله لانه قد يشتريها للتجارة وقوله
فتجري عليه اي على ان الوضع شرط احكام جمة كلا يقتل عنده اي عند شرط الوضع وهي المنع من الخروج الى دار
الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية
بقتله خطأ وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج يصير ذميا فلذا يجب ان
لا ينفصل عن شرط الوضع وقوله واذا دخلت حربية بامان ظاهر وكذا العكس وكذلك قوله ولو ان حربيا
دخل دارنا بامان خلا ان قوله ... لان يد المودع منقوض بما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة
عند مسلم او ذمي في دار الحرب ثم ظهر على الدار فانها تكون فيئا ولم تكن يد المودع كيد المودع واجيب بان يد المودع
كيد المودع اذا انعقدت عصمته وقت الايداع وفي صورة النقض ليس كذلك لان دار الحرب ليست دار عصمة قال
رحمه الله وما اوجف المسلمون عليه يقال وجف الفرس والبعير عدا وجيفا واوجفه صاحبه اذا اعداه وقوله
ما اوجف المسلمون عليه اي ما اعملوا خيلهم وركابهم والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان
القوم عن اوطانهم واجلاهم فجلوا اي اخرجهم فخرجوا لازما ومتعديا ولا متعديا وقوله والجزية بالرفع عطف على
قوله الاراضي اي هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها وكمثل الجزية وقوله وقال الشافعي رحمه الله فيها اي في الارض التي اجلوا عنها

اهلها وفي الجزية وفي بعض النسخ فيها اي في الاراضي والجزية والخراج وقوله ولانه اي ولان ما اوجف
المسلمون عليه من المال وقوله من غير قتال يعني بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين بخلاف
الغنيمة لانها اي الغنيمة تناول المغنوم مملوكة بسببين بمباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس يعني
وهو الرعب واستحق الغانمون الباقي يعني وهو مباشرة الغانمين القتال وفي هذا اي فيما اوجف المسلمون
عليه السبب واحد وهو ما ذكرنا يعني قوله لانه مال ماخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس وقوله
لما قلنا من قبل اي في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فيء لانها كافرة حربية الى اخره وقوله واما
اولاده الصغار ظاهر وقوله وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو فيء ولا يتبع لانه اذا كان
غصبا في ايديهما يكون فيئا لعدم النيابة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله حربيون كبار وليسوا اتباعا
واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه
الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما
لوجوده وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وتحقيقه ان العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق
اثرها باستحقاق الكرامات وهو بالاسلام اذ به تحصل السعادة الابدية لا بالدار التي هي جماد لا اثر
لها في استحقاق الكرامة ونحن اراق دما معصوما كان كالخطأ فيه الدية والكفارة وان كان عمدا ففيه
القصاص كما لو فعل ذلك في دار الاسلام وهذا اي وجوب الدية في الخطأ والقصاص في العمد انما كان متعينا
على وجود العاصم الذي هو الاسلام لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها فان من علم انه ياثم
بقتل ينزجر عنه نظرا الى الحالة السليمة عن الميل عن معتقد الدين ثابتة فيما نحن فيه اجماعا لانه
لا قائل بعدم الاثم على من قتل مسلما في اي موضع كان والعصمة المتقومة كمالية اي في اصل العصمة
لانه اذا وجب الاثم والمال كان ذلك اكمل واتم في المنع من الذي وجب فيه الاثم دون المال فكانت
العصمة المتقومة وصفا زائدا على العصمة التي هي المؤثمة فيتعلق بما يتعلق به الاصل وهو العصمة
المؤثمة والعصمة المؤثمة تعلقت بالاسلام فالعصمة المتقومة كذلك فتجب الدية والكفارة في قتل
المسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا ولنا قوله تعالى وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن
فتحرير رقبة مؤمنة وكان ابو حنيفة رحمه الله يؤول هذه الاية بالذين اسلموا في دار الحرب ولم
يهاجروا وهو المنقول عن بعض ائمة التفسير ايضا ووجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى ميز بين
المؤمن وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم في الاول الدية والكفارة
بقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من
وجهين احدهما انه ذكر بحرف الفاء فانه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان كل الموجب
ضرورة والثاني انه كل المذكور حيث لم يذكر غيره وذلك يقتضي انتفاءه لان قصد الشارع في مثله
اخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فلو كان غيره
من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان وقوله ولان العصمة المؤثمة بالادمية دليل معقول على عدم
العصمة المتقومة الموجبة للدية في دار الحرب ومشتمل على بيان ان العصمة المقومة ليست لوصف كمال في
العصمة المؤثمة حتى يكون تابعة لها وبيان ذلك ان العصمة المؤثمة بالادمية لان الادمي خلق متحملا
اعباء التكاليف اي اثقالها ومن خلق لشيء وجب عليه القيام به فالادمي وجب القيام باعباء التكاليف
والقيام بها بحرمة التعرض اي انما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام التعرض فالادمي يجب ان يكون
حرام التعرض فالحرمة مطلقا الا ان الله تعالى ابطل ذلك في الكافر بعارض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام
عاد الى الاصل والاموال تابعة لها اي للادمية التي ثبتت العصمة المؤثمة لها لانها خلقت في الاصل

مباحة وإنما صارت معصومة لتمكن الآدمي من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة للآدمية أما العصمة
المقومة فالأصل فيها الأموال لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت لأن المتقوم هو الشيء الذي يكون واجب
الإبقاء والدوام بالمثل أو القيمة وذلك أي جبر الفائت في الأموال دون النفوس لأنه إنما يتحقق بالمثل صورة
ومعنى أو معنى فقط ولا مماثلة بين النفوس وما يجبر به لا صورة ولا معنى على ما عرف في الأصول فكانت
النفوس تابعة للأموال في العصمة ومن هذا علم أن العصمة المؤثمة أصل مستقل في شيء والعصمة
المقومة أصل مستقل في شيء آخر وليس أحدهما بكمال في الآخر ولا وصف له بل علة تامة ثم العصمة المقومة
في الأموال بالإحراز بالدار لا بالإسلام … والتقوم بالمنعة فالعصمة المقومة في الأموال بالمنعة والدار إنما
تكون بالمنعة فلهذا الغرض يذكرها وإذا كانت العصمة المقومة في الأموال بالمنعة فكذلك في النفوس
لأنها تابعة لها لما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب لأن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة لما أنها وجب
إبطالها وإذا لم يكن منعة لا يوجد الإحراز وإذا لم يوجد الإحراز لا توجد العصمة المقومة وإذا لم توجد
العصمة المقومة لا تجب الدية وهذا في غاية التحقيق خلا أنه يوهم أن لا يملكوا أموالنا بالإحراز
إلى دارهم كما قال الشافعي رحمه الله ودفعه بأن معنى قولنا الشرع أسقط اعتبارها حال كونهم في دارهم
وأما إذا … خرجوا إلى دارنا وأحرزوا أموالنا بالدار الحافظة والناقلة … على المباح كما … وذلك يفيد
الملك لا محالة وقوله والمرتد والمستأمن … لأنهما حربيان أو بدار الإسلام كانا فيجب أن يتقوما ولم يتقوما فلم
تجب الدية بقتلهما وكون المستأمن من أهل دارهم حكما لقصده الانتقال ظاهر وأما المرتد فكذلك لأنه
يقصد … من القتل وقوله ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له … واعترض على قوله وهو العامة بأن
السلطان بابه … له ولاية القصاص يوجب سقوطه كموت المكاتب إذا قتل عن وفاء وقوله وارث
وأجيب بأن الإمام هاهنا نائب عن العامة فصار كتعدد الولي … بخلاف مسألة المكاتب والله أعلم

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر استطرادا
لأن سببهما … الأرض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الإسلامية والعشر
بضم العين أحد أجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الأرض أو الغلام ثم سمي ما يأخذه السلطان
خراجا فيقال أدى فلان خراج أرضه وأدى أهل الذمة خراج رءوسهم يعني الجزية والعذيب ماء لبني تميم
والحجر بفتحتين بمعنى الصخر لأنه وقع في أمالي أبي يوسف الصخر موضع الحجر ويظهر من ذلك أن من
روى بسكون الجيم ونسبه إلى الجانب فقد حرف ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب
إليها الإبل المهرية ثم سمي ذلك المقام به فيكون … قوله باليمن وهذا طولها …
… إلى مشارف الشام أي قراها عرضا والسواد أي أراضي سواد العراق أي
قراها سمي بالسواد لخضرة أشجاره وزرعه وحده عرضا من العذيب … إلى حلوان … التغلبية
العلث بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو أول العراق في شرقي دجلة …
وقوله لما قدمناه من قبل في أول باب الغنائم وقوله والخراج بالجزية يعني من حيث إن فيه معنى العقوبة
وإن فيه معنى العقوبة … لوجوبه … بالزرع والكافر أليق بالعقوبة والتغليظ

وكان

وكان العباس في أرض مكة أن تكون خراجية لأنها فتحت عنوة أي قهرا لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم
لم يوظف عليها الخراج وكما لا رق على العرب فكذا لا خراج في أرضهم وقوله في الجامع الصغير إلى قوله
فهي أرض خراج يعني سواء قسمت بين الغانمين أو أقرها عليها وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان الفائدة
وقوله ومن أحيا أرضا مواتا فهي عند أبي يوسف رحمه الله معتبرة بحيزها قيل هذا الإطلاق محمول
على المقيد وهو ما إذا كان المحيي مسلما وأما إذا كان ذميا فعليه الخراج وإن كانت من حيز أرض العشر
وإذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب أن يعتذر لقولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بأنه إذا لم يكن منه
صنع يقتضي ذلك وهو السقي بماء الخراج إذ الخراج يجب جزاء المقاتلة فيختص وجوب الخراج بما
يستقي بما حمته المقاتلة من الخراج فلهذا يجب الخراج إذا سقاه بماء الخراج إلى هذا أشار شمس الأئمة رحمه
الله وقوله والبصرة عنده عشرية جواب إشكال يرد على أبي يوسف فيما ذكر أن الإحياء يعتبر بحيز أرض
الخراجية يجعل الأرض خراجية والبصرة في حيز الأرض الخراجية وإذا أحيا فيها شيء يجب عليه العشر
ووجهه أن القياس ذلك لكن ترك بإجماع الصحابة رضي الله عنهم وقوله لأن حيز الشيء يعطى له حكمه دليل
أبي يوسف على مذهبه وقوله كفناء الدار يعني فناء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وإن لم
يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذلك هاهنا يعطى حكم الأرض المحياة حكم جوارها
لاتصالها به ولا يطرح في إعادة قوله وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية تكرار لأن الأول
رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك … على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد
ملك من ملوك العجم وقوله لما ذكرنا من قبل إشارة إلى قوله لأن العشر يتعلق بالأرض النامية
ونماؤها بمائها قال والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه اعلم أن الخراج على نوعين خراج وظيفة
وهو أن يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض في كل جريب وهو أرض
طولها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة وعرضها كذلك والصاع
من حنطة أو شعير على ما قال الإمام قاضي خان في فتاواه أو مما يزرع فيها على ما ذكر في شرح
الطحاوي ودرهم وقوله والكرم … لأنه يبقى على الأبد بلا مؤنة والمزارع أكثر
مؤنة لاحتياجها إلى الزراعة والعمل والبذر في كل عام والرطاب بينهما لأنها تبقى أعواما ولا تدوم دوام
الكروم فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكرم ودون مؤنة المزارع وخراج مقاسمة وهو أن يكون
الواجب شيئا من الخارج كالخمس والسدس ونحو ذلك لأنه لم يشرع فيه توظيف عمر رضي الله عنه فيعتبر فيه
الطاقة كما اعتبرها في الموظف من الانتصاف … أن لا يزاد على النصف وقوله والبستان كل أرض يحوطها
حائط … وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع عنها فلا خراج عليه لأنه فات التمكن وهو النماء التقديري
المعتبر في الخراج وفيما إذا اصطلم الزرع آفة أي استأصله حر شديد أو برد شديد أو نحو ذلك فلا خراج
أيضا لأنه فات النماء التقديري الذي أقيم مقام النماء الحقيقي في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط
كما في مال الزكاة فإن من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة أشهر ثم نواها للخدمة سقط
الزكاة لأنها لم تبق نامية في جميع الحول … الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج يعني أن النماء
التقديري كان قائما مقام الحقيقي يتعلق الحكم به لكونه الأصل وقد هلك فيهلك معه الخراج فإن
قيل إذا استأجر أرضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم يسقط الأجر فما الفرق بينه وبين الخراج أجيب
بأن الأجر يجب في وقت هلاك الزرع لا بعده وليس الأجر كالخراج لأنه وضع على مقدار الخارج أو تعطل
الأرض للزراعة فإذا لم يخرج شيئا … على مقدار الخارج … وإن لم يخرج
ثم قال المشايخ … ما ذكر في الكتاب أن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن

ان يزرع الارض ثانيا اما اذا بقي فلا يسقط الخراج **قال** وان عطلها صاحبها فعليه الخراج اذا عطل الارض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قيل هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة وللمالك يتمكن من الزراعة وعطلها اما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة وياخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء اجرها واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ الخراج من ثمنها وهذا بالاتفاق وانه كان فيه نوع حجر وهو ضرر لكنه الحاق ضرر بواحد للعامة **وقوله** قالوا يعني المشايخ من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كانت الارض صالحة للزراعة الاعلى وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير وحنطة الزعفران لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرى الظلمة على اخذ اموال الناس ورد بانه كيف يجوز الكتمان وانهم لو اخذوا كان في موضعه لكونه واجبا واجيب بانا لو افتينا بذلك لادعى كل ظالم في ارض ليس شانها ذلك انها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان **وقوله** ومن اسلم من اهل الخراج ظاهر **وقوله** من غير كراهة احترازا عن قول المتقشفة انه مكروه لان النبي صلى الله عليه وسلم راى شيئا من الات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا ان المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر وتقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلهم اذلة ولان الصغار انما كان في الوضع ابتداء واما بقاء فلا بخلاف خراج الرأس فانه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لا يبقى بعد الاسلام **وقوله** وجبا في محلين بسببين مختلفين يعني وهما مختلفين اما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج واما اختلاف السبب فان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا واما اختلاف المصرف فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء فلا يتنافيان لان التنافي انما يتحقق باتحاد المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم رواه ابو حنيفة رحمه الله عن حماد عن ابراهيم عن علقمة رحمهم الله عن النبي صلى الله عليه وسلم **وقوله** والوصفان لا يجتمعان لان الطوع صفة الكره الحاصل من القهر فاذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكم **وقوله** وعلى هذا الخلاف الزكاة مع احدهما اي العشر والخراج صورته رجل اشترى ارض عشر او خراج للتجارة لم يكن عليه زكوة التجارة عندنا وعند محمد ان عليه زكاة التجارة مع العشر او الخراج وهو قول الشافعي رحمه الله له ان محل العشر الخارج ومحل الزكاة عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الاخر كالدين مع العشر ولنا ان المحل واحد لان كلا منهما مؤنة الارض النامية وكذلك الزكوة وظيفة المال النامي وهو الارض وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا يجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت انه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين لهذه الارض فلا يسقطان باسقاط المالك وهي اسبق ثبوتا من زكوة التجارة التي كان وجوبها بنيته فلهذا بقيت عشرية وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله تعالى خرج الجواب عن الدين مع العشر فان الدين يجب للعبد والعشر لله تعالى فلا تنافي بينهما فيجبان وان كان بسبب ملك واحد والباقي ظاهر

باب الجزية

لما فرغ من ذكر خراج الرؤوس وهو الجزية الا انه قدم الاول لان العشر يشاركه في سببه وفي العشر معنى العبادة وبيان القربات مقدم والجزية اسم لما يوخذ من اهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزي عن الذمي اي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قيل الكفر معصية وهو اعظم الكبائر فكيف يصح اخذ البدل عن تقريره اجيب بان الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر وانما هو عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض او هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق **قوله** وهي على صنفين ظاهر ونجران بلاد واهلها نصارى والحلة ازار ورداء هو المختار ولا تسمى حلة حتى يكون ثوبين **وقوله** ولان الموجب هو التراضي اي الموجب لتقدير ما يقع عليه الاتفاق من المال هو التراضي لا الموجب لوجوب الجزية فان موجبها في الاصل اصرار الكفر بعد ما غلبوا **وقوله** فيضع على الغني الظاهر الغنى قال الامام فخر الاسلام من ملك ما دون المائتين او لا يملك شيئا لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ومن ملك مائتي درهم فصاعدا الى عشرة الاف درهم وهو معتمل ايضا فعليه ثمانية واربعون ثم قال وانما شرط العمل لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان اهل القتال حتى لا يلزم الزمن وان كان به موسرا في السابق **قال** والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينظر الى عادة كل بلد الا ترى ان عادة البلدان مختلفة في الغنى الا ترى ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من المكثرين وان كان ببغداد او بالبصرة لا يعد من المكثرين واذا كان ببغداد او بالبصرة لا يعد من المكثرين وفي بعض البلدان صاحب عشرة الاف يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول عن ابي نصر محمد بن سلام قوله صلى الله عليه وسلم من كل حالم وحالم معناه بالغ وبالغة او عدله معافريا وخذ مثله دينارا او بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافري منسوب الى معافر بن مر ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر في الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان منسوب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بفتح العين مثله اذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه ولانه وجب نصرة للمقاتلة وكلما وجب نصرة للمقاتلة وجب متفاوتا كما في خراج الارض **وقوله** وهذا اشارة الى قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة يعني دليلا قلنا ان الجزية وجبت نصرة للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين ببذل النفس والمال لان كل من كان من اهل دار الاسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال تعالى يا ايها الذين امنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله باموالكم وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله الى دار الحرب اعتقادا قام الخراج الماخوذ منه المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم تتفاوت فالفقير ينصر دارنا راجلا والمتوسط الحال ينصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه واركاب غيره فالاصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذي قام مقامه فان قيل النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف يكون العقوبة خلفا عن الطاعة اجيب بان الخلفية عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب اموالهم بمنزلة ما لو اعاروا دوابهم للمسلمين وما رواه محمول على انه كان صلحا والدليل على ذلك انه كان امر بالاخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء **قال** رحمه الله وتوضع الجزية على اهل الكتاب سواء كان من العرب او العجم لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية وكان المجوس لان رسول الله صلى الله عليه وسلم

ومنع الجزية على المجوس دون البخاري ان عمر رضي الله عنه لم يكن يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وهو اسم بلد في البحرين وعبدة الاوثان من العجم وهو بالجر
عطف على اهل الكتاب وقيد بقوله من العجم احترازا عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا توضع عليهم الجزية
على ما ذكر في الكتاب وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وكلامه ظاهر وقلنا انه يجوز استرقاقهم وكل من يجوز
استرقاقهم ضرب الجزية عليهم لان كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر لانه
نفع الرقيق يعود الينا جملة واما الجزية فلان الكافر يؤديها من كسبه والحال ان نفقته في كسبه فكان
اداء كسبه الذي هو سبب حياته الى المسلمين دائبا بمنزلة معنى اخذ النفس منه حكما ونوقض بان جواز
استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل واجيب بان ذلك
لمعنى آخر وهو ان الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبي فكذا بدله وهذا ليس بدافع بل هو
مقرر النقض والصواب ان تبدل الحال شرط تأثير الموثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم
يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كان المحل قابلا والمرأة والصبي ليسا كذلك لان الجزية عن النصرة وهما
عاجزان عنه وقوله وان ظهر عليهم اي على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك
اي قبل وضع الجزية عليهم فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء غنيمة للمسلمين لجواز استرقاقهم ولا توضع
على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ على ما ذكر في الكتاب وكل من تغلظ كفره
لا يقبل منه الا السيف او الاسلام زيادة في العقوبة عليه ولقائل ان يقول هذا منقوض باهل
الكتاب فانه تغلظ كفرهم لانهم عرفوا النبي معرفة تامة مشخصة ومع ذلك انكروه وغيروا
اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية وايضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب بجواز
استرقاقهم دون عبدة الاوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم اوطاس لو جرى رق على
عربي لجرى اليوم من غير فصل بين عبدة الاوثان واهل الكتاب والجواب عن الاول ان القياس كان
يقتضي ان لا يقبل منهم الجزية الا انه ترك بالكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله
الآية وعن الثاني بان النبي صلى الله عليه وسلم عربي الاصل واهل الكتاب وان سكنوا فيما
بين العرب وتوالدوا فيهم ليسوا بعرب في الاصل واما العرب في الاصل عبدة الاوثان فانهم ليسوا
وقوله وحاله ما قلنا يريد به قوله لان كفرهما قد تغلظ واذا ظهر عليهم اي على عبدة الاوثان
من العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام دون
ذراري عبدة الاوثان ونسائهم لان الاجبار على الاسلام انما يكون بعد ثبوت حكم الاسلام في حقه وذراري
المرتدين قد ثبت في حقهم تبعا لابائهم فيجبرون عليه والمرتدات كن معترفات بالاسلام فيجبرن عليه
بخلاف ذراري العبدة ونسائهم وحنيفة ابو حي من العرب وقيل المراد بني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب
وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وقوله
لانها وجبت بدلا عن القتل يعني في حق الماخوذ منه او عن القتال اي عن النصرة في حقنا كما
تقدم ولا يجب البدل الا على من يجب عليه الاصل والاصل وهو القتل والقتال لا يتحقق في حق المرأة
والصبي لعدم الاهلية فكذا البدل وقوله لما بينا يعني قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان وقوله لان الاطلاق
حديث معاذ رضي الله عنه هو قوله صلى الله عليه وسلم خذ من كل حالم وحالمة وقوله وعلى اعتبار الثاني
لا يجب يعني ان الجزية بدل عن الامرين كما مر تقريره وعلى اعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل
يتحقق في حق المملوك لان المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل ايضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد
لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه بدله وقوله لانهم تحملوا الزيادة بسببهم من صنف الاغنياء او وسط

الى الخفيف وجبت عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل فلو قلنا بوجوبها على المولى بسببهم لكان وجوب
الجزية مرتين بسبب شيء واحد وذلك لا يجوز وقوله ولا توضع على الرهبان واضح قال ومن اسلم وعليه
جزية سقطت عنه اذا اسلم من عليه الجزية او مات كافرا او عمي او صار زمنا او مقعدا او شيخا كبيرا
لا يستطيع العمل او فقيرا لا يقدر على شيء وبقي عليه الجزية سقطت عنه عندنا سواء كانت هذه العوارض
قبل استكمال السنة او بعدها خلافا للشافعي رحمه الله له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن
السكنى وقد وصل اليه المعوض وكل ما وجب بدلا عن شيء وقد وصل اليه المعوض لا يسقط عنه
العوض بهذا العارض اي الاسلام كما في الاجرة او الموت كما في الاجرة والصلح عن دم العمد فان الذمي اذا استوفى
منافع الدار المستاجرة ثم اسلم او مات لا يسقط عنه الاجرة لان المعوض قد وصل اليه وهي منافع
الدار وكذا اذا قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم اسلم او مات لا يسقط عنه
البدل لان المعوض وهو نفسه قد سلم له وانما ردد في قوله بدلا عن العصمة او السكنى لاختلاف العلماء
في ان الجزية وجبت بدلا عما ذا فقال بعضهم وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه
قال الشافعي رحمه الله وكان لان الله تعالى امر بالقتال الى غاية وهي اعطاء الجزية وقال
بعضهم وجبت بدلا عن السكنى في دار الاسلام لانهم مع الاصرار على الشرك لا يكونون من اهل
دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من اهل دارنا بما يؤدون من الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا
عن النصرة التي فاتت عنه باصرارهم على الكفر وقد تقدم واعتبر هاهنا توضيحا وذلك لانهم
لما صاروا من اهل دارنا بقبول الذمة ولهذه الدار كان رجعا دينية وجبت عليهم القيام بنصرتها
لهذه النصرة لان الظاهر انهم يميلون الى اهل الدار المحاربة لاتحادهم في الاعتقاد فاوجب
عليهم الشرع الجزية فتؤخذ منهم لتصرف الى المقاتلة فيكون خلفا عن النصرة قال شمس الائمة السرخسي هو
الاصح لان الجزية لا تؤخذ من الاعمى والشيخ الفاني والمعتوه والمقعد مع انهم يشاركون في
السكنى لانه لم تلزمهم اصل النصرة بابدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف عنه
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس على المسلم جزية رواه ابن عباس رضي الله عنه وهو مطلق يجري
على اطلاقه بل الانصاف ان المراد به نفي الاسلام لان كل واحد يعلم ان المسلم لا يكون عليه
جزية فتعين ان يكون المراد به انها تسقط بالاسلام اذ لو لم تسقط لصدق ان على هذا المسلم
جزية وقوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر ظاهر واعترض بانه لو كان ضرب الجزية فيما تقدم كالاسترقاق
بالمعنى الجامع بينهما فقال وقلنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما مشتمل على
سلب النفس منهم فكيف افترقا في البقاء حيث يبقى رقيقا بعد الاسلام ولا يبقى الجزية
بعده مع ان كلا منهما في الابتداء يثبت بطريق المجازاة للكفر والجواب ان الجزية لم تشرع
الا بوصف الصغار وما شرع بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف في الاصول والاسلام ينافي
الصغار فيسقط الجزية به بخلاف الاسترقاق فانه لم يشرع بذلك وقوله والعصمة ومعناه ان
العصمة ثابتة بالآدمية من حيث انه ادمي لما انه خلق متحملا اعباء التكاليف فلا يتمكن ان تكون
الجزية الطارية بدلا عنه بل له ان يقول سلمنا انها ثابتة بالآدمية ولكنها تسقط بالكفر والجزية
تعيدها على ما كانت بدلا والجواب انها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان تكون عن العصمة فيما مضى
او فيما يستقبل والاول لا يصح لانه مر ولا الثاني لان الثاني تعني عنه وقوله والذي يمكن
مكن نفسه جواب عن قوله او السكنى ومعناه ان الذمي يملك موضع السكنى بالشراء وغيره من الاسباب
فلا يجوز ايجاب البدل بسكناه في موضع مملوك له ولو كانت الجزية اجرة لكان وجوبها بالاجارة

لا محالة ويشترط فيها التأقيت لان الابقاء بها وجب لم يشترط التأقيت في السكنى قلنا اداء الجزية لم يكن بطريق الاجارة فان قال قائل كما انه لا يجوز ان يكون بدلا عن النصرة ايضا الا ترى ان الامام لو استعان باهل الذمة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا عنها لسقطت لانه قد نصر بنفسه اجيب بانها لم تسقط لان في اسقاطها تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس قال رحمه الله فان اجتمعت عليه الحولان اي ثقل الحولين اما باعتبار حذف المضاف اي اجتمعت جزية الحولين واما بناء على قول من قال السنتين واتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل في اللفظ والاجماع في قوله وجاءت سنة اخرى على ما نبينه وكلامه واضح وقوله وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق يحتاج الى بيان الفرق بينهما والفرق ان الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم ارضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز ان لا يتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وبقاء والحكم المشروع في حق المسلم اصلا والعقوبات تتداخل وقوله لكنا في الخلافية اي فيما اذا اجتمع عليه الحولان الخراج وجب عوضا على ما تقدم وكلما وجب عوضا اذا اجتمع وامكن استيفاؤه استوفي كما في سائر الاعواض وقد امكن لان الفرض انه حي واستيفاء المال من الحي ممكن اذا لم يمنع عنه الاسلام بخلاف ما اذا اسلم وقوله ولابي حنيفة رحمه الله ظاهر وقوله على ما بيناه اراد به ما كان قبل هذا بقوله لانها وجبت عقوبة على الكفر فلقائل ان يقول قد تكرر في كلامهم انها وجبت بدلا اما عن النصرة او السكنى او العصمة وتكرر ايضا فيه انها وجبت عقوبة على الكفر ولقائل ان يقول ~~وتكرر في كلامهم انها وجبت بدلا اما عن النصرة او السكنى او العصمة وتكرر ايضا انها وجبت عقوبة~~ ~~على الكفر~~ ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن شيء فيلزم تواردهما على معلول واحد بالشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك ان كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن النصرة لان ايجاب النصرة لغير اهل دينه يستلزم عقوبة لا محالة وقوله ولهذا توضيح لقوله وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر والتلبيب اخذ موضع اللبب من الثياب واللبب موضع القلادة من الصدر وقوله ولانها وجبت بدلا عن العصمة الى آخره من جهة الملتزم وما تقدم كان من جهة الالتزام وكلامه ظاهر وقد بيناه من قبل وقوله حمله بعض المشايخ على المضي مجازا قال الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا في قوله وجاءت سنة اخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لانها عندكم آخر الحول تجب هذا ضرب من المجاز لان المجيء اوله وقال الاول تجب بمجيء الحول الثاني يستلزم مضي الاخر لا محالة وذكر الملزوم وارادة اللازم مجاز وقال بعضهم معناه الدخول لكنها لان الجزية تجب بالحول وتؤخذ في اوله والحول الحول التحقيق وتاجيل عند ابي حنيفة وعلى هذا التحقيق التداخل عنده بلا ارتكاب المجاز وكلامه واضح وقوله على ما قررناه اشارة الى قوله لان القتل انما يستحق بالحراب القائم في الحال لا بحراب ما مضى الى آخره ويحتاج الى الجواب عن الزكاة وهو ان الزكاة وجبت في آخر الحول لانها تجب في المال النامي وحولان الحول هو الذي يتمكن به من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة فلا بد من اعتبار الحول التحقيقي شرط وجوبها للزكاة

فصل لما فرغ من بيان ما يجب على اهل الذمة بسكناهم في دار الاسلام شرع في بيان ما يجوز لهم ان يفعلوا مما يتعلق بالسكنى فلا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد بالخصاء ... حمله اي ... والاختصاء معناه ... ذكره في المغرب والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة هو ان احداث الكنيسة في دار الاسلام ازالة ... كما ان الخصاء ازالة ... الحيوان ان كان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به التبتل والامتناع عن النساء فلملازمة الكنائس فان المناسبة ظاهرة والمراد بقوله صلى الله

علية

عليه وسلم ولا كنيسة احداثها فهو نفي بمعنى النهي اي لا تحدث كنيسة في دار الاسلام ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذلك البيعة كان مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وقوله والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة اي لا يمكنون من احداث الصومعة التي يتخلون فيها ايضا للعبادة بخلاف موضع الصلاة اي صلاة الذمي في البيت فانهم يمكنون من ذلك لانه تبع للسكنى وقوله والمروي عن صاحب المذهب اي عن ابي حنيفة رضي الله عنه والمراد بالمروي هو ما ذكره آنفا بقوله تقدم في الامصار دون القرى قوله في جزيرة العرب قيل انما سميت ارض العرب بالجزيرة لانه تحوطها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات وقد احاط بها وقوله ويؤخذ اهل الذمة بالتمييز ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القدوري كانه قال وكيفية التمييز ما ذكره في الجامع الى آخره والكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم وقوله صيانة عطف على لضعفة المسلمين اي الضعفة في الدين لا البدن اي يفعل بهم ذلك لكي يكونوا في اعين الناس المسلمين الذين استعملوا في دين الاسلام اذلاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والملابس والمراكب ورونق حالهم فان قيل لم يأخذ النبي صلى الله عليه وسلم يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون بدعة اجيب بانهم في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين في المدينة لا يشتبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك وفي زمن عمر رضي الله عنه لما كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك فامر بذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فكان صوابا قال صلى الله عليه وسلم اينما دار عمر فالحق معه وقوله فانه يجب في حق اهل الاسلام اي من حسن العشرة باهل الاسلام لان في الامر لاهل الذمة بتمييزهم بوجوه من انواع من اتخاذ الزنانير من الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من اعز عدو صديقه فقد اهان صديقه معنى وقوله الا ان يركبوا الا للضرورة يعني كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه وقوله بالصفة التي تقدمت يعني كهيئة الاكف وقوله لانه ينقض ايمانه يعني لو كان مسلما وسب النبي صلى الله عليه وسلم والعياذ بالله ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه وذمته وقوله وكذا الحكم فيما حمله من ماله يعني ان الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئا كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيئا وقوله الا انه لو اسر يسترق استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد فانه لا يسترق بل يقتل اذا اصر على ارتداده

فصل ذكر نصارى بني تغلب في فصل على حدة لان لهم احكاما مخصوصة بهم تخالف احكام سائر النصارى وكلامه واضح والاصل فيه ما ذكر ابو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر رضي الله عنه يا امير المؤمنين ان بني تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة فان رأيت ان تعطيهم شيئا فافعل قال فصالحهم عمر رضي الله عنه على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم الصدقة وعلى ان تسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين شاة سائمة ففيها شاتان الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر اذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة واما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك اراضيهم التي كانت في ايديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين وقوله والمرأة من اهل وجوب مثله اي مثل ما وجب بالصلح وقوله الا ترى انه لا يراعى فيه شرائطها اي فيما اخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعدا واخذ التلبيب على ما مر وقوله

ويوضع على مولى التغلبي وان لم يوخذ من التغلبي **وقوله** ولنا ان هذا اي اخذ مضاعف الزكاة تخفيف
بخلاف ما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف ولهذا
~~اي اخذ مضاعف الزكاة تخفيف يعني ما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية فلهذا لا يلحق~~
~~بالاصل فيه اي في التخفيف~~ ولكون المولى لا يلحق بالاصل في التخفيف يوضع الجزية على مولى المسلم اذا كان
نصرانيا ولم يلحق بمولاه في ترك الجزية وان كان المسلم اعلى اسباب التخفيف واولاها فان قيل حرمة الصدقة
ليست بتغليظ بل هي تخفيف بالتخليص عن اوساخ الناس لا ثم ذلك الحكم في مولى الهاشمي فيها بالهاشمي اجاب بقوله لان
حرمة الصدقة الاخرم **وقوله** في حقه اي فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة فان قيل ما بال مولى الغني
لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهي ان الحرمات تثبت بالشبهات موجودة اجاب بقوله لان
الغني من اهلها اي من اهل الصدقة في الجملة ولهذا تحل له اذا كان عاملا وانما الغنى مانع ولم يوجد في
حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لها اصلا لا تنصيص لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه وتحوز
ان يقال حرمة الصدقة على بني هاشم تشريف لهم وفي الحاق الموالي بهم زيادة في التشريف وحرمتها على الغني
لغناه وفي الحاق مولاه به لا يثبت ذلك المعنى ولم يذكر الجواب اعتمادا على ما ذكره رحمه الله من الحديث وهذا
يجري على عمومه فان مولى الهاشمي في معنى الكفارة بالاجماع فوجب التاويل ثم هو محمول على التعاون والتناصر
لانهم من لوازمه فان الرجل اذا كان من القوم يقوم بنصرتهم وقال شمس الائمة السرخسي القياس في الكل سواء
وهو ان لا يلحق مولى القوم بهم لولا الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روي ان ابا رافع
رضي الله عنه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم احل له الصدقة فقال عليه السلام لا انت مولانا
ومولى القوم من انفسهم والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذا ليس
معناه فمن دفعه التصديق وذلك كان لا لطف بفضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحاق مولاهم
بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء **وقوله** وما جباه الامام اي جمعه والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة
البلدان والقنطرة ما لا يرتفع والجسر ما يرفع **وقوله** وهو تحمله اي القضاة والعمال والعلماء والمقاتلة
والعلماء جمع عامل **وقوله** فلا شيء له من العطاء لان العطاء ما يكتب الغزاة في الديوان لكل من قام بامر من امور
الدين كالقاضي والمفتي والمدرس وفي الابتداء كان يعطى كل من كان له ضرب مزية في الاسلام كازواج
النبي صلى الله عليه وسلم واولاد المهاجرين والانصار رضي الله عنهم وكذلك لو مات في آخر السنة لا يورث
العطاء لانه صلة فلا يملك قبل القبض وانما وضع المسالة في نصف السنة لانه لو مات في آخر السنة لا يورث
~~العطاء لانه صلة فلا يملك قبل القبض وانما وضع المسالة في نصف السنة لانه لو مات في آخر السنة يستحب~~
ذلك الى قريبه لانه قد اوفى عناه فيستحب الصرف الى قريبه لكونه اقرب الى الوفاء والله اعلم بالصواب
تداوني

باب احكام المرتدين

لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي ذكر في هذا الباب احكام الكفر الطاري لان الطاري
انما هو بعد وجود الاصلي وكلامه واضح **وقوله** الا ان العرض على ما قالوا غير واجب قال ظاهر المذهب قال في الايضاح
ويستحب عرض الاسلام على المرتدين كما روي عن عمر رضي الله عنه لان رجاء العود الى الاسلام ثابت لاحتمال ان الردة
كانت باعتراض شبهة **وقوله** وان قيل الاول يعني قوله ويحبس ثلاثة ايام انه يستمهل اي يطلب المهل فيحبس ثلاثة

ايام

ايام واما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت في ذلك فلا باس بقتله الا انه يستحب ان يستتاب لانه
عسى ان يكون كافرا بلغته الدعوة فان قيل تقدير المدة هاهنا بثلاثة ايام نصب الحكم بالراي فيها لا مدخل
له فيه لانه من المقادير واجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار
البيع بثلاثة ايام ورد فيه لان التقدير بثلاثة ايام هناك انما كان للتامل والتقدير هاهنا ايضا
للتامل **وقوله** ولانه كافر حربي بانه انه كافر لا محالة وليس مستامنا لانه لم يطلب الامان ولا ذميا لانه
لا يقبل الجزية منه فكان حربيا **وقوله** لاطلاق الدلائل يعني قوله تعالى فاقتلوا المشركين وقوله صلى
الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وكيفية توبته ان يتبرا عن الاديان كلها يعني بعد الاتيان بالشهادتين
واما المرتدة فلا تقتل فان قتلها رجل لم يضمن شيئا حرة كانت او امة قال في النهاية كذا في المبسوط **وقوله**
لما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء
لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة
وكل ما هو جناية متغلظة وردة المراة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب ان تشاركها في موجبها
لا نسلم ان في العلة يوجب الاشتراك في المعلول وصار كالرجم والسرقة وفيه نظر لانه
اثبات ما يندرئ بالشبهات بالراي ولنا انه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء ولان القتل جزاء الكفر
والاصل في الاجزية تاخيرها الى دار الجزاء وهي الآخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء الذي هو من
الله تعالى الا انها رغبة لان الناس يمتنعون خوفا من حلول ما يضر المعنى كالمحدودين وفيه اطلاك
بالجهاد ولما عدل عنه اي عن هذا الاصل لدفع بعضها دفعا للشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه
ذلك من النساء لانه بنيتهن غير صالحة لذلك بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية لكافرة الاصلية
لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه صلى الله عليه
وسلم لم يقتلها بمجرد الردة بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان
لها ثلاثون ابنا وهي تحرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر بقتلها والجواب عما رويناه انه ليس
يجري على ظاهره لان التبديل يتحقق من الكافر اذا اسلم نعرفنا انه عام لحقه خصوص فيخص المتنازع
فيه بما ذكرنا من المعنى **وقوله** ولكن يحبس ظاهرا ما ذكر في رواية الجامع الصغير واشتماله على ذكر الحر والحرة
والامة **وقوله** والامة يجبرها مولاها قال ابو حنيفة رحمه الله اذا ارتدت الامة واحتاج المولى الى
خدمتها دفعت اليه وامره القاضي ان يجبرها على الاسلام قال المصنف اما الجبر فلما ذكرنا يعني انها لا تقتل
وانها حق الله تعالى بعد الاقرار ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين اي الجبر والاستخدام ولم يشترط
في الكتاب حاجة المولى الى الخدمة وهو رواية الجامع الصغير وشرطها في رواية قال فخر الاسلام رحمه الله
والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج او استغنى وقال وكذا لا يشترط طلب المولى فان قيل للمولى حق
الاستخدام في العبد والامة جميعا فكيف دفعت اليه الامة دون العبد اجيب بان العبد اذا لم يقتل
فلا فائدة في الدفع الى المولى **قال** رحمه الله ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى
موقوفا الى ان يتبين حاله فان اسلم عادت على حالها قالوا اي المشايخ هذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول لانه مكلف محتاج وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لانه لا يتمكن
من اقامة موجب التكليف الا بالملك فيبقى ملكه الى ان يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله ان
انه حربي مقهور تحت ايدينا بدليل انه يقتل ولا قتل الا بالحراب
فكان التسليط هاهنا مستلزما الحراب لان نفس الكفر ليس مبيحا له وهذا اي لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ
الفاني ولتحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل تحاد بالامن لازمه وهو كونه حربيا وهذا اي

كونه حربيا مقهورا تحت ايدينا يوجب زوال المالكية وما لكيته لان المقهورية امارة المملوكية فاذا كان مقهورا انتفت
مالكيته وارتفاعها يستلزم ارتفاع المالك لان ارتفاع المالكية مع بقاء المالك محال لعدم انه مدعو الى الاسلام بالاجبار
عليه وعوده مرجو وذلك يوجب بقاء المالكية لانه حي مكلف محتاج الى ما يتمكن به من اداء ما كلف به فبالنظر
الى الاول يزول وبالنظر الى الثاني لا يزول فتوقفنا في امره قلنا بزوال موقوف فان اسلم جعل العارض كان لم
يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب
وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال الملك لانه بقاء لا ذا كان كذلك كان الواجب ان لا يخرج
المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل في غير هذا الموضع لانا نقول ذلك مقتضاه اذا استوت
الجهتان وافضى الى الشك وههنا لم يشك لان جهة الخروج في جهة عدمه دونه فيلزم التوقف
وانما قيد بقوله في حق هذا الحكم احترازا عن احباط طاعته ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد
الايمان فان الارتداد بالنسبة اليها قد عمل عمله وقوله فان مات او قتل على ردته اعاده لانه لفظ القدوري
ولا وكان لفظه ذكره شرحا للكلام وقوله ثم هو مال الحربي فيكون فيئا يعني يوضع في بيت المال ليكون
للمسلمين باعتبار انه مال ضائع وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الى اخره وقوله
ويستند يعني التوريث الى ما قبيل ردته فيجعل كانه اكتسبه في حال الاسلام فورثه ورثته منه من وقت
الاسلام ولابي حنيفة رحمه الله انه يمكن الاستناد اي استناد التوريث في كسب الاسلام لوجوده اي لوجود الكسب قبل الردة
قبل الردة ومن شرطه وجوده قبلها اي ومن شرط الاستناد التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون
فيه توريث المسلم من المسلم لانا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم من
الكافر وذلك لا يجوز ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته حتى لو
حدث له وارث بعد الردة بان اسلم بعض قرابته او ولد له من علوق حادث بعد ردته لا يرثه في رواية
عن ابي حنيفة وهي رواية الحسن عنه اعتبارا للاستناد يعني ان الردة سبب بها الارث بعد وجود
الشرط الثلاثة الموت والقتل والحكم بلحاقه بدار الحرب والا لم يثبت قبل وجودها فاذا وجدت صار كانه
الوارث وارثه حين الردة فلا بد ان لا يكون وارثا الى وجودها وعنه اي عن ابي حنيفة
رحمه الله وهي رواية عن ابي يوسف انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته
اي بموت الخلفة وارثه لان الردة بمنزلة الموت في التوريث ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه
لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فكذلك ههنا وعنه اي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية محمد
رحمه الله قيل وهو الاصح انه يعتبر وجود الوارث عند الموت يعني احد الامور الثلاثة سواء كان موجودا
وقت الردة او بعده لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده كما في الولد
الحادث من المبيع قبل القبض فانه يصير معقودا عليه بالقبض فيكون له حصة من الثمن قال في
النهاية وحاصله ان على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا الى
الموت او القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد او حدث وارث بعد الردة فانهما لا يرثان وعلى
رواية ابي يوسف رحمه الله يشترط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية محمد رحمه الله يشترط الوصف
الثاني دون الاول وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة فانه لا يصير فارا وان كان صحيحا
لانه سبب الهلاك كالمرض فاشبه ردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن
حالة المرض يوجب الارث في العدة فان قيل ابو حنيفة رحمه الله يسند التوريث الى ما قبل الردة وذلك يستلزم
عدم التفاوت في الحكم بين المدخول بها وغير المدخول بها لان الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كانت مدخولا بها
او لم يكن اجيب بان الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها واما الردة

فانها

فانها جعلت موتا حكما لكونه توريث المسلم من المسلم فهي ضعيفة في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من
اثار النكاح من الدخول وقيام العدة وقوله بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رحمه الله فانما اكتسبه
في حال ردته فهو فيء عنده وفرق بينهما بقوله لانه لا حراب منها ومعناه فلا تقتل وذا كان كذلك
من المال زمة وحاصل الفرق ان المرأة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه ان عصمة المال تبع لعصمة
النفس في الردة لان ذا عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها
باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها ويرثها زوجها
المسلم اذا ارتدت وهي مريضة والقياس ان لا يرثها لان فرار الزوج انما كان يتحقق اذا مات وهي
في العدة الا ترى انه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها الميراث لانها البينونة بعدته ثم
ههنا لا عدة على الرجل فينبغي ان لا يرثها الزوج ووجه الاستحسان ما اشار اليه بقوله لقصدها
ابطال حقه بارتدادها عن مرادته في مرضها فتصدها كما في جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين
ارتدت لانها بانت بنفس الردة ثم تصير على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا تكون
في حكم الفارة المريضة فلا يرث زوجها منها قال وان لحق بدار الحرب مرتدا اي لحق المرتد بدار الحرب
وحكم القاضي بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه وانتقل
ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته المسلمين عندنا وقال الشافعي رحمه الله يبقى ماله موقوفا وهو
احد قولي الله لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في الاسلام والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف جدا
ولنا باللحاق صار من اهل الحرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلانه بين اظهرهم واعتقاده واما
حكما فلانه ابطل احرازه نفسه بدار الاسلام حين عاد الى دار الحرب فصار حربيا على المسلمين فاعلى
حكم اهل الحرب في دار الحرب وهم كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى ومن كان ميتا فاحييناه ولان ولاية
الالزام منقطعة عن الموتى الا ان لحاقه لا يستقر الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء
فان تقرر موته الحكمي ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها يعني قوله عتق مدبروه الى اخره كما في الموت
الحقيقي وقوله ثم يعتبر ظاهر والضمير في تقرره للحاق وقيل للسبب وهما متقاربان وقوله هذه رواية
عن ابي حنيفة هو رواية محمد عنه وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة انه يبدأ بكسب الاسلام وهو
رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة ايضا وهو رواية ابي يوسف
عنه على عكسه وهو ان يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة وقوله وجه الاول ان المستحق بالسببين اي
المالين مختلف وتقريره ان المستحق بالسببين مختلف والمؤدى من كسب واحد غير مختلف فالمستحق
بالسببين غير مؤدى من كسب واحد فلا بد من اداء كل من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد من
الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به المستحق وهو الدين نصا فاذا ادوه اليه ليكون الغرم بازاء
الغنم وقوله وجه الثاني تقريره ان كسب الاسلام ملكه وكل ما هو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن شرط
هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين واما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك
بالردة عندنا فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل اخر بان لم يكن له كسب الاسلام فانه يقبل
ما لم يكن ملكه كيف يؤدى منه دينه اجاب بقوله كالذمي اذا مات ولا وارث له فلم يبق له ملك فما اكتسبه
بل يكون ماله لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين قضي منه وقوله وجه الثالث ان كسب الاسلام
حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضاء الدين من خالص حقه اولى منه من حق غيره الا اذا تعذر بان لم
يف به فحينئذ يقضى دينه من كسب الاسلام تقديما لحقه وفيه بحث من اوجه اما الاول فما قيل انه
تناقض وقوله اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة والثاني ان كون كسب الاسلام

حق الورثة ممنوع فان حقهم انما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث والثالث ان قضاء الدين من
خالص حقه واجب ومن حق غيره ممتنع فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه اولى واجيب عن الاول بان المعنى
من خلوص الحق ههنا هو انه لا يتعلق حق الغير كما يثبت التعلق في مال المديون فهو لا يلزم من كونه خالص حقه
كونه ملكا له الا ترى ان كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له وكذلك الذمي اذا مات ولا وارث له
على ما ذكرنا آنفا وعن الثاني بان الدين انما يتعلق بماله عند الموت لا بما زال عنه قبل وكسب الاسلام
قد زال وانتقل بالردة الى الورثة وكسبه في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث
بان كسب الاسلام بعرضية ان يكون خالص حقه بالتوبة فكان لاحدهما خالص حقه وللآخر بعرضية ان يصير
خالص حقه يمكن ان يكون قضاء الدين من الاول اولى هذا على طريقة ابي حنيفة وعندهما يقضي دينه
من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما على ما تقدم من مذهبهما **قال**
وما باعه او اشتراه ذكر التصرفات التي اختلف علماؤنا رحمهم الله في نفاذه وتوقفه وقال هذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وانما قال كذلك لان المسئلة من مسائل القدوري وليس الخلاف فيه مذكورا
في هذا الموضع وبين اقسام تصرفات المرتد وهو واضح الا ما نذكره فقوله يجوز ما صنع في الوجهين
يريد باحدهما رجوعه مسلما وبالثاني الموت او القتل او اللحاق **وقوله** لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام
الولاية تفسير لقوله كالاستيلاد والطلاق فقوله الى حقيقة الملك يعني في الاستيلاد فلو ولدت
جاريته فادعى نسبه يثبت منه ويرث هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية ام ولد له لان
حقه في ماله ادنى من حق الاب في جارية ولده واستيلاد الاب يصح فكذا استيلاده وحق
لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفى فيه بحق الملك **وقوله** وتمام الولاية يعني في الطلاق فانه
يصح من العبد مع قصور الولاية على نفسه فان قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور
الطلاق من المرتد اجيب بان المرتد يقع طلاقه كما لو ابان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقا بائنا على
ما عرف على انه يحتمل ان يجعل لا ارتداد ولا تقع الفرقة كما لو ارتدا معا **وقوله** لانها لا ... واحد من
النكاح والذبيحة يعتمد الملة ولا ملة له لانه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما انتقل اليه لوجوب
القتل فاستشكل بان المراد بالملة ان كان الاسلام ينتقض بنكاح اهل الكتاب وذبائحهم وان كان المراد
الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركين فيما بينهم فانه ليس لهم ملة سماوية لا مقررة
ولا محرفة وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والسكنى ويجري التوارث بين الزوجين
منهم واجيب بان المراد بالملة ما يتدينون به نكاحا يقرون عليه ويجري به التوارث بالزوجية
لان ما هو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا
على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف تتم لهما هذه الاغراض من النكاح
بخلاف المجوس واهل الشرك فانهم كانوا يقرون عليه قبل الاسلام وبعده ان لم تكن المرأة
من محارمه فكانت المصالح منتظمة **وقوله** كالمفاوضة معناه ان المرتد اذا فاوض مسلما توقف
فان اسلم نفذت المفاوضة وان مات او قتل او قضي بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق
وقوله وهو ما عددناه يعني قوله وما باعه او اشتراه الى آخره **وقوله** ولهذا لو ولدت ولدا لاقل من
الردة لستة اشهر توضيح لوجه ... المرتد يعني فلو كان الملك زائلا لما ورثه هذا الولد المولود علوقه
بعد الارتداد **وقوله** ولو مات ولده بعد الردة يعني لو مات ولد المولود قبلها قبل موت المرتد لا يرث
فلو لم يكن ملكه قائما بعد الردة لما ورثه هذا الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب فاذا ثبت وجود الاهلية
وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف المذكور في الكتاب **وقوله** عليهما ما قررناه في توقف الملك تارة

على الاختلاف المذكور

الى ما قدمه

الى ما قدمه من قوله ولانه حربي مقهور تحت ايدينا وتوقف التصرفات بناء عليه اي على توقف الملك
وقوله لتوقف حاله اي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن فكذلك المرتد يعني حاله
يتوقف بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق او قتل بطل وان ترك نفذ فكذلك ههنا واعترض
عليه بان الحربي الذي دخل دارنا بغير امان يكون فيئا فكيف تتوقف تصرفاته والاعتراض [illegible] المن
يسقط الاعتراض **وقوله** لاستحقاقه القتل جواب عن قولهما ولا خلل في الاهلية وتقريره لا نسلم
وجود الاهلية لان الصحة تقتضي اهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد كما انها ليست بموجودة
في الحربي لان كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب العصمة وهو كونه آدميا مسلما وذلك يوجب
الخلل في الاهلية **وقوله** في الفصلين يريد به فصل الحربي وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل
موجبا للخلل في الاهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكانت تصرفات الزاني المحصن الذي يستحق
القتل وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل اجاب بقوله لان استحقاقه في ذلك يعني ان الاستحقاق
الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة والزاني والقاتل ليس كذلك لان استحقاقهما
جزاء على الجناية **وقوله** بخلاف المرأة جواب عن قولهما وصار كالمرتدة **قال** فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار
الحرب الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه
عنه حيث دخل دار الحرب واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه اي على الوارث قال شمس الائمة
الحلواني في هذا ولو كان يحكم بموته حقيقة بان احياه الله تعالى واعاده الى الدنيا كان الحكم فيه هكذا
الا انه خلاف العادة بخلاف ما اذا اعتقه الوارث عن كفارته حيث لا يسترده لانه ازال الملك وقت
كان فيه سبيل من الازالة فينفذ وبخلاف امهات الاولاد والمدبرين فانه لا سبيل له عليهم لان
القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح وهو قضاء القاضي بلحاقه عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له
الا يمكنه حقيقة كان اذ خرج صح ولايته كان له ان يثبته حكما فاذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ
والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض ولو جاء مسلما قبل قضاء القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما فامهات
اولاده ومدبروه على حالهم لا يعتقون بقضاء القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما فامهات اولاده
وما كان عليه من الديون فهو الى محله كما كانت لما ذكرنا يعني من قوله الا انه لا يفتقر لحاقه الا
بقضاء القاضي **وقوله** واذا وطئ المرتد جارية نصرانية ظاهر **وقوله** لما قلنا اشارة الى قوله فلانه
لا يفتقر الى حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة اشهر لحكم الاكثر منها وانما قيد بقوله لاكثر من ستة
اشهر احترازا عما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فان الولد يرث اباه المرتد وان كانت امه
نصرانية لانا تيقنا حينئذ بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا لابيه فاما اذا جاءت
به لستة اشهر من وقت الردة استيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب
قبل الردة واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء اي فذلك المال الذي حمله بنفسه
ويجوز ان يكون ماله فيئا دون نفسه كمشركي العرب وان لحق ثم رجع يعني وان لحق وحكم القاضي بلحاقه
ثم رجع واخذ مالا ولحقه بدار الحرب وظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم
والفرق بين المسئلتين ان الاول مال لم يجر فيه الارث فهو مال الحربي اذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة
والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما والمالك القديم اذا وجد
ماله في الغنيمة قبل القسمة اخذه مجانا فان لم يكن القاضي حكم بلحاقه فالمسئلة بحالها ففي ظاهر الرواية
يرد على الورثة ايضا لانه متى لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفي بعض روايات
السير يكون فيئا لا حق للورثة فيه لان اللحاق لا يثبت لهم الا بالقضاء واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد

نقضي به لابنه فكتابة الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالكتابة جائزة والولاء للمرتد الذي اسلم لان الحاق الحاكم
فانه لا وجه لابطالها لنفوذها بدليل منفذ وهو قضاء القاضي باللحاق ثم بعد ذلك اما ان يبقى الكاتب
على ملك الابن او ينتقل الى الاب لا سبيل الى الاول لان الكتابة لا تحل ملك الرقبة وقد ذكرنا ان المرتد
اذا عاد مسلماً اخذ ما وجده بعينه في يد وارثه ولا الى الثاني لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى
ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لان الوكالة خلافة احتيالاً لابقاء حكم الحاكم
في صحة الكتابة فكانه وكله في كتابة عبده وحقوق العقد فيه اي في الكتابة ترجع الى الموكل واما
ان الولاء للمرتد الذي اسلم فلان الولاء لمن اعتق والعتق انما يحصل منه بعد اداء بدل الكتابة
بخلاف ما اذا رجع مسلماً بعد اداء بدل الكتابة لان الملك الذي كان له لم يبق قائماً حينئذ قال
واذا قتل المرتد رجلاً كلامه واضح قوله لانعدام النصرة يعني ان التعاقل انما يكون باعتبار التناصر
ولا احد ينصر المرتد فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الاسلام دون الردة
عند ابي حنيفة وعندهما الكسبان جميعاً ماله فقوله وعنده ما له المكتسب مبتدأ وخبر وكان المقام
مقتضياً لضمير الفصل ليفصله عن الصفة قوله اما الاول يعني ما اذا مات على ردته قوله
السراية لا تعاقول لم يهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في الخطأ لان قطع اليد صار نفساً
بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك فانه لا يضمن القاطع شيئاً وان كان معصوماً وقت
السراية لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار يعني اذا لم يقع معتبراً ابتداء لا ينقلب معتبراً بعد ذلك لان
الموجب لا ينقلب موجباً انما المعتبر فقد تهدر بالابراء فكذلك بالردة قوله فان لم يلحق وما
يعني اذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعياذ بالله ولم يلحق بدار الحرب ثم اسلم ثم مات فعليه الدية
كاملة قوله في جميع ذلك اي فيما اذا مات على ردته او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً او لم يلحق واسلم
قوله لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان ودليله ان الردة يعني لو مات
عليه لم يجب بالسراية شيء فكذا اذا اسلم بعد كما لو قطعت يد عبد باعه المولى ثم اشتراه او تقايلا
البيع ثم مات العبد لم يجب الا دية اليد كما لو مات في البيع لان البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية
لان الاقدام على البيع ابراء عن الجناية من حيث المعنى وصار كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ثم مات
من القطع المذكور حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الاصل
المار ان المهدر لا يلحقه الاعتبار ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم لان الغرض انه قطع
يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لان الغرض انه اسلم فيجب ضمانه كالنفس والباقي ظاهر
قوله وصار كبقاء الملك في حالة الارث عتق اما الملك عند الحي او عند الحنث لم يعتق وفرق
بين الردة والبيع بان الردة ليست بابراء ولا مستلزمة له لانها وضعت لتبديل الدين
من غير ابراء لانه اذا اسلم لم يجب الضمان بخلاف بيع العبد المجني عليه
لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان ببدل ملكه فاذا قطع بالاصل قصداً فقد قطع البدل ايضاً
فصار كالابراء وذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قول محمد وزفر قياس وقول ابي حنيفة
وابي يوسف استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات
المقطوع بالسراية مثلاً وحكمه انه ان كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع
بالسراية مثلاً وحكمه انه ان كان عمداً فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد فات محله
حين قتل على ردته او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان
مسلماً وجناية المسلم اذا كان خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلاً فلهذا

قوله لانه لم يوجد فيه نوع معاوضة
سعدي افندي

كان

كان على عاقلته دية النفس وان كانت الجناية منه في حال ردته كانت الدية في الخطأ في ماله
لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته احد قوله واما عند ابي حنيفة فيحتاج الى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب
حيث لم يجعل كسبه ملكاً له اذا كان حراً وجعله ملكاً له اذا كان مكاتباً ووجه الفرق ما ذكره ان
المكاتب يملك اكتسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لانه لا يتوقف حقيقته الى
قلنا باللحاق الذي هو شبيه الموت واذا لم يتوقف العقد لم يتوقف الاكتساب الحاصلة بسببه
واستوضح ذلك بقوله الا ترى انه اي المكاتب لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى
يعني الردة بالطريق الاولى وانما كان الرق اقوى من الردة في المانعية عن التصرفات كلها ثم لما لم
يتوقف تصرفات المكاتب مع كونه رقيقاً لم يتوقف تصرفه ايضاً مع انه مرتد اولى قال صاحب النهاية
قلت لشيخي رحمه الله في هذا لا يلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع الردة عنه
لانه اذا لم يمنعه كل واحد منهما على الانفراد جاز ان يمنعاه عند الاجتماع لان للاجتماع تأثيراً
كما في الشاهدين ثم اجتمع هاهنا للمكاتب ثلاثة اوصاف كونه مكاتباً ورقيقاً ومرتداً فجاز ان يكون ممنوعاً
عند اجتماع هذه الاوصاف فقال رحمه الله اما الكتابة فهي مطلقة للتصرف لا مانعة واما الرق والردة
فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما اذا اقام احد
المدعيين اربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت بوصف في العلة لا بالعلة نفسها الى هذا لفظه
واري ان الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لانه انما اورد السؤال من حيث ان الحكم
علته المنع يتأتى من صفة الاطلاق ويترجح بالاخرى بل ابرز من حيث انهما عند الاجتماع لم يجوز
ان يكونا مانعين عن التصرف بناء على ان الهيئة الاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل من الافراد
ولعل الهيئة الاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل من الافراد ولعل الهيئة الاجتماعية انما
تكون لها زيادة تأثير اذا امكن ان يحصل من تركيبها امر خارجي واعتباري حقيقي لا فرضي ولا يمكن
ذلك من الرق والردة قال واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله تعالى فحبلت المرأة
في دار الحرب تعقبته بدار الحرب القاضي فانها ان حبلت في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك
ولعله ذكره لفائدة وهي ان العلوق اذا كان في دار الحرب كان ابعد عن الاسلام واذا كان في دار الاسلام
كان اقرب اليه باعتبار الدار لكون الدار حجة في الاستتباع فالحمل هناك يكون ملحقاً هنا بالطريق
الاولى وكلامه ظاهر قوله ولا يجبر ولد الولد هو ظاهر الرواية ووجهه انه لو كان مسلماً تبعاً
للجد لكان تبعاً لجد جده فيؤدي ان يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه السلام ولو كان تبعاً
لابيه وهو تبع لكان التبع مستتبعاً لغيره وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجبر تبعاً للجد
لان التبعية في حق الاب للتفرع والتفرع ثابت في حق الجد فلهذا كان بمنزلة الاب في النكاح
وبيع مال الصغير قوله كلها على الروايتين يعني في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك
المسائل وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة جعل الجد بمنزلة الاب اما صورة ولد الولد وما
باسلام جده فهي ما ذكرنا واما صورة صدقة الفطر فهي ان الاب اذا كان فقيراً او عبداً والجد
موسراً هل تجب فطرة الحافد عليه اولا واما صورة جر الولاء فانه اذا اعتق الجد والحافد حر الاب
رقيق هل يكون ولاء الحافد لمولى الجد اولا يكون وصورة الوصية للقرابة اذا اوصى رجل الذي قرابته
لا يدخل الحافدان فيها وهل يدخل الجد ام لا على الروايتين وذكر هذه المسائل في شرح الفرائض
السراجية وشرح رسالتنا قوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد يعني يجري عليه احكام
فيبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل وان ادرك كافراً ولكنه يحبس ووجه تحرير المذاهب

الذاهب في الكتاب ظاهر وقوله لهما اي لزفر والشافعي رحمهما الله انه اي الصبي الذي يعقل تبع لابويه
فيهما اي في الاسلام فلا يجعل اصلا يعني يصح اسلامه بطريق التبعية للابوين فلا يصح بطريق الاصالة
اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة وبين القدرة والعجز تناف وقوله لكنا فنقول
الاسلام بطريق التبعية موجود بالاجماع فينتفي الا عند ضرورة وقوله ولا يلزمه دليل آخر
وهو واضح قوله واختاره مشهور يشير الى ما قاله رضي الله عنه سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما
ما بلغت اوان حلمي واختلفت الرواية في سنه حين اسلم وحين مات قال جعفر بن محمد اسلم وهو
ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم دعاه الى
الاسلام في اول المبعث ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون انتهت
على فاذا ضممت خمسا الى ثلاث وخمسين صار ثمانيا وخمسين وقال العتبي اسلم وهو ابن سبع سنين ومات
وهو ابن ستين وقوله ولانه اي تحقيقه الاسلام دليل ظاهر وقوله وما يتعلق به سعادة ابدية
يجوز ان يكون معطوفا على التصديق اي هو التصديق الاصلي فهو ما يتعلق ويجوز ان يكون خبر
مبتدأ محذوف ويجوز ان يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الاصلي على تقدير ان يكون بغير واو
ويجوز ان يكون قوله وما يتعلق به مبتدأ وقوله سعادة ابدية خبره وهو الاولى وهو جواب
عن قوله ولانه يلزمه احكام يشوبها المضرة وعورض بانه لو صح اسلامه بنفسه وقع فرضا
لانه لا نفل في الايمان ومن ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق
فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه يتردد بين الفرض والنفل والجواب
انا لا نسلم ان من ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا فان المسافر اذا حضر الجمعة وصلى وقع ولم يكن
مخاطبا به ومن صلى في اول الوقت وقع فرضا وهو ليس بمخاطب به عندنا في ذلك الوقت والجواب
عن قولهما انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ان احدى الحجتين مؤكدة للاخرى فلا يكونان متنافيين
وذلك كالجندي اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبعا للسلطان
ايضا وقوله ولهم اي لابي يوسف وزفر والشافعي رحمهم الله وقوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
اي في الردة انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام فان ردة المردة يكون بالعقو
عنها وذلك يتبع كما ان رد الاسلام انما يكون بالجحد وهو كذلك واعترض بان هذا اعتبار ما
هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة وذلك جمع بين الشيئين بالقياس وقد فرق الشارع بينهما ومثله
في الوضع على ما عرف في الاصول والجواب ان هذا تنبيها لوجود شيء وتحقيقه بوجود شيء آخر وتحقيقه
في عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله الا انه يجبر على الاسلام هذا جواب استحسان وفي
القياس يقتل لردته كما اسلامه وقوله ولانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم قال
في النهاية فيه نظر لانه اسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرحمة لصباه والله تعالى ارحم الراحمين فهو لم
يرحم عليه حين عاقبه في النار مخلدا كسائر الكفار وذلك منصوص عليه في الاسرار وفي الجامع الصغير الامام
التمرتاشي ومبسوط شيخ الاسلام ان المبسوط ثم قال والاولى ما يخلص به في حكم قتل الصبي المرتد ما ذكرناه من تعليل الكتاب
وهو قوله وانما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء
في صحة اسلامه في الصغر والله تعالى اعلم

باب البغاة

باب البغاة قوله اخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده اقول ويجوز ان يقال لجري مباحث البغاة من مباحث المرتد مجرى المركب من المفرد لاشتراط الاجتماع
في البغي دون الارتداد وايضا المرتد كافرة في كتاب السير شعبان الجهاد مع الكفار بخلاف الباغي فانه مسلم فليتدبر
سعدي افندي

آخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده والبغاة جمع باغ كالقضاة جمع القاضي فاذا تغلب قوم من المسلمين
على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم وذلك بطريق الاستحباب
فان اهل العدل لو قاتلوهم من غير دعوة الى العود لم يكن عليهم شيء لانهم علموا ما يقاتلون عليه فكان حالهم
في ذلك كحال المرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك باهل حروراء قبل
المحلة مدودا ومقصورا قرية بالكوفة كان بها اول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم علي ابا موسى
الاشعري بينه وبين معاوية قائلين ان القتال واجب بقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي الاية وعلى ترك
القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون وذلك انه رضي
الله عنه انفذ ابن عباس رضي الله عنهما ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى العود فلما ذكروا شبهتهم قال ابن
عباس رضي الله عنهما هذه الحادثة ليست بادنى من بيض حمام وقد امر الله تعالى بالتحكيم بقوله تعالى يحكم به
ذوا عدل منكم فكان تحكيم علي موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب بعضهم وامر البعض وكلامه فامر
والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت يريد به ما روى الحسن عن ابي حنيفة انه اذا وقع
بين المسلمين قتال فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله صلى الله عليه وسلم من فر من
الفتنة اعتق الله رقبته من النار محمول على حال عدم الامام واما اذا كان المسلمون مجتمعين على امام
وكانوا آمنين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال ان
يقاتلهم نصرة للامام لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي فان الامر للوجوب وقوله اجهز واتبع على بناء
المفعول ويقال اجهزت على الجريح اذا اسرعت قتله وتممت عليه وقوله ولا يقتل اسيرهم معروف عن علي رضي
الله عنه ولا يكشف ستر اي لا تسبى نساؤهم الا ترى ان اصحاب علي رضي الله عنه سالوه قسمة ذلك فقال
فاذا قسمت فلمن تكون عائشة والقدوة اسم لما اقتدي به كالاسوة للايتساء يقال فلان قدوة اي يقتدى به
وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله وحبسهم الى قوله دفعا الشر وقوله ولانهم مسلمون معطوف على قوله لقول
علي وقوله اما عدم القسمة فلما بينا اشارة الى قول علي ولا يؤخذ مال وقوله ولانهم مسلمون وقوله وان رجعوا
يعني اهل البغي من المصر فكذلك اي قبل اجراء احكامهم على جميع اهله وقوله في الوجهين اي في الوجه
الذي قال انا على الغلط وقوله رواه الزهري قال الزهري وقعت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتاويل
القرآن فهو موضوع وكل مال اتلف بتاويل القرآن فهو موضوع وقوله ولا التزام الاعتقاد اي الاباحة يعني ان
الباغي اعتقد اباحة اموال العادل وان العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب وقوله ولنا فيه
اي لابي حنيفة ومحمد في قتل الباغي العادل وقوله فيعتبر الفاسد اي يعتبر التأويل الفاسد في دفع الحرمان
وقوله لم يوجد الدافع ايجالنا وبل الدافع للضمان وقوله وليس بيعه بالكوفة تعتبر بالكوفة باعتبار ان
البغاة خرجوا فيها اولا والا فالحكم في غيرها كذلك وقوله الا بالصنعة يريد به الحديد لانه انما يصير سلاحا
بعمل بعده ولا يتسبب لبيعه الا ترى انه يكره بيع المعازف قبل جمع معزف فخرج من الطنابير بخلاف اهل اليمن
ولا يكره بيع الخشب لانه انما يصير معزفا بعمل غيره وقوله وعلى هذا بيع الخمر مع العنب والفرق لابي حنيفة بين
كراهة بيع السلاح من اهل الفتنة وعدم كراهة
بيع العصير ممن يتخذه خمرا سيأتي في باب الكراهة
ان شاء الله تعالى والله اعلم

كتاب اللقيط

في مصر من أمصار المسلمين على ما ذكر في الكتاب ظاهر وقال في النهاية والمسألة في الحاصل على أربعة أوجه أحدها أن يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له بالإسلام والثاني أن يجده كافر في مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر لا يصلى عليه إذا مات والثالث أن يجده كافر في مكان المسلمين والرابع أن يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط يعتبر المكان في الفصلين جميعا وفي رواية ابن سماعة عن محمد أن العبرة للواجد في الفصلين جميعا كذا في المبسوط وقوله في بعض النسخ يعني نسخ دعوى المبسوط وقوله ومن ادعى أن اللقيط عبده ظاهر فإن قيل البينة لا تقبل إلا على خصم منكر ولا خصم هاهنا لأن الملتقط ليس بولي فلا يكون خصما عنه أجيب بأن الخصم هو الملتقط باعتبار يده لأنه يمنعه ويزعم أنه أحق بحفظه فلا يتوصل المدعي إلى استحقاقه عليه إلا بإقامة البينة فإن ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه لأن دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لأنه تحصل له الشرف بثبوت النسب والرق وهو يضره فيثبت الأول دون الثاني لأن الأول لا يستلزمه لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا يبطل الحرية الظاهرة بالشك ويمكن أن يقرر كلامه دليلين على مطلوبين أحدهما أنه يثبت نسبه لأنه ينفعه وكل ما ينفعه يثبت له والثاني أنه حر لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا يكون عبدا وقد تلد له الأمة فيكون عبدا والظاهر في بني آدم الحرية فلا يبطل بالشك **قال** والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد إذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان أو المسلم والذمي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي وكذلك إذا أقاما البينة ولنسب أحدهما أكثر إثباتا حتى لو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان كان للمسلم لأن بينة كل واحد منهما حجة في حق الآخر ولنسب أحدهما أكثر إثباتا فكان المسلم أولى وأما إذا كانت بينة الكافر أكثر إثباتا فلا يعتبر الترجيح بالإسلام فلو ادعى ذمي صبيا في يد رجل أنه ابنه ولد على فراشه وأقام على ذلك شاهدين مسلمين وأقام مسلم عند مسلم أنه ابنه ولد على فراشه من هذه الأمة قضي بالصبي للذمي ولم يرجح العبد بالإسلام لأن بينة الذمي أكثر إثباتا لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه وأما إذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح باليد لقوتها فإن الملتقط إذا كان ذميا فهو أولى من المسلم الخارج وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو على دابة هو عليها فهو له وكذا الدابة اعتبارا للظاهر لأن اللقيط في دار الإسلام لما كان حرا كان من أهل الملك فما كان معه فهو له ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه أمثاله القميص الذي عليه فإن قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك أجيب بأن هذا الظاهر يدفع دعوى الغير **وقوله** ثم يصرفه الواجد إلى الظاهر **وقوله** والموجود في كل واحد منهما أي من الملتقط والأم أحدهما لأن الملتقط له رأي كامل ولا شفقة له وللأم شفقة كاملة ولا رأي لها **وقوله** لأنه من باب تثقيفه التثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب **وقوله** بخلاف الأم لأنها تملكه أي تملك إتلاف منافعه فإنها لا تملك استخدامه ولذا إجارته والله سبحانه أعلم

اللقيط

كتاب اللقطة

اللقيط واللقطة متقاربان لفظا ومعنى وخص اللقيط ببني آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقدم الأول

وإنما قدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال ابن همام

لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس الملتقط ذكر عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشيء منبوذ فعيل بمعنى مفعول كالجريح وفي الشريعة اسم حي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنية مضيعه آثم ومحرزه غانم لأن فيه إحياءها وقد قال تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا فإذا كان بمعنى المفعول كان تسميته الشيء باسم ما يؤول إليه لما أنه يلتقط وهو حر أي في جميع أحكامه حتى أن قاذفه يحد وقاذف أمه لا يحد كذا في شرح الطحاوي **وقوله** لأن الأصل في بني آدم الحرية لأنهم من آدم وحواء وهما حران والرق إنما هو بعارض الكفر على ما تقدم والأصل عدم العارض ولأن الحكم للغالب فمن يسكن في دار الإسلام الحرية **وقوله** هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنه قال اللقيط حر وعقله وولاؤه للمسلمين وعن عمر رضي الله عنه مثله **وقوله** والخراج بالضمان أي له غنمه وعليه غرمه أي غلة العبد المعيب للمشتري قبل الرد لأنه في ضمانه يقال خارج غلامه إذا اتفقا على ضريبة يؤديها إليه في وقت معلوم **وقوله** فيه أي في بيت المال والدين الرجل ويع بالضم على قرانه ومنه يقال للمتفضل المتبرع **وقوله** إلا أن يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية وقوله ليكون دينا إشارة إلى أنه إنما يصير دينا إذا قال القاضي ذلك ومن أصحابنا من قال مجرد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي ولا يشترط أن يقول على أن يكون ذلك دينا عليه لأن أمر القاضي نافذ بنفسه أن لو كان هو من أهله ولو كان هو من أهله وأمر بالإنفاق عليه كان ما ينفق دينا عليه فكذا إذا أمر القاضي والأصح أن لا يرجع ما لم يقل القاضي ذلك لأن مطلقه محتمل قد يكون للحث والترغيب في إتمام ما شرع فيه من التبرع وقد يكون وله هذا الاحتمال إذا شرطا أن يكون دينا عليه **وقوله** معناه إذا لم يدع الملتقط نسبه يعني إذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط أولى لأنهما استويا في الدعوى ولأحدهما يد فكان صاحب اليد أولى **وقوله** ثم قيل يصح في حقه أي في حق النسب وقيل يبتنى عليه بطلان يده لأن من ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحق بحفظ ولده من غيره **وقوله** ولو ادعاه الملتقط نسب اللقيط وقال هو ابني بعد ما قال إنه لقيط قيل يصدق قياسا واستحسانا لأنه إنما يدعي شيئا لا منازع له في ذلك وأما الاختلاف على القياس والاستحسان أي على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان يعني فيما غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط وجه القياس في دعوى غير الملتقط تضمن إبطال حق الملتقط فلذلك لم يصح دعواه ووجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه لأنه لما زعم أنه لقيط كان نافيا نسبه لأن ابنه لا يكون لقيطا في يده ثم ادعى أنه ابنه فكان متناقضا وفي الاستحسان يصح دعوته لأنه إقرار على نفسه من وجه يلزمه نفقته ويجب عليه أن يحفظه فهو في هذا الإقرار يتعلق نفعه وبالالتقاط تثبت له هذه الولاية **وقوله** أن ثمنا قلنا نعم ولكن فيما طريقه الخفاء قد يشتبه على الناس حال ولده الصغير ويظن أنه لقيط ثم يتبين له بعد ذلك أنه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن إذا أكذب نفسه وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده وأصاب في وصفه لأن الواصف أولى بذلك اللقيط فإن قيل ما الفرق بين اللقيط واللقطة فإن اللقطة إذا تنازع فيها اثنان ووصف أحدهما وأصاب ولم يصف الآخر فإنه لا يقضى لصاحب الوصف بها إذا انفرد الواصف يدفع الملتقط إليه ولا يلزم هاهنا أجيب بأن الفرق بينهما هو أن إصابة الوصف أمر محتمل لأنه أصاب به باتفاق والمحتمل لا يصلح سببا للاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحا والسبب للاستحقاق كاليد في دعوى النتاج إذا ثبت هذا فنقول في فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوى لأنها سبب الاستحقاق في حق اللقيط ألا ترى أنه لو انفرد بدعوى اللقيط قضي له به كاليد في البينة فيعتبر الوصف لترجح سبب الاستحقاق وأما في اللقطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لأصل الاستحقاق لا يصلح سببا له فافترقا **وقوله** وإذا وجد

لشرف بني آدم اللقطة وهو الشيء الذي يجده ملقيا فيأخذه امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو قوله بل هو الافضل عند عامة العلماء احتراز عن قول من يقول انه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من كان يقول الاخذ جائز وتركه الافضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع وهو الواجب فاذا خاف الضياع عليها قال ولنا والحاصل ان اللقطة عند عامة العلماء على نوعين ما يكون اخذه واجبا وهو ما اذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض واذا كان وليا وجب عليه حفظ ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة دمه فاذا خاف عليها الضياع وجب حفظه فكذلك اذا خاف عليها الغرق وما لا يكون واجبا وهو ما اذا لم يخف الضياع فقيل رفعه مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولانه لو تركها لا يؤمن ان تصل اليه يد خائنة فيمنعها عن مالكها وقيل تركه افضل لما ذكرنا ان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه والاول ظاهر المذهب اذا كان كذلك اي اذا كان اخذها مأذونا فيه شرعا لا تكون مضمونة عليه كذا في بعض الشروح وهو لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا والظاهر ان معناه واذا اشهد الملتقط انه يأخذها لاجل الحفظ لا تكون مضمونة عليه لانه ما اخذها لنفسه ويجوز ان يكون معناه واذا كانت امانة لا تكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادق الملتقط والمالك انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كما اذا اقام الملتقط البينة على انه اخذها ليوصلها الى المالك ولو اقر الملتقط انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال الغير بغير اذنه بغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الاخذ اخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الاخذ اقامة الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية لان فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعا الاخذ للرد لا لنفسه فيحمل مطلقه عليه فهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد عليه وانما ان القول قوله فلان صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه كما لو ادعى عليه الغصب

وقوله ولهما انه اقر بسبب الضمان ظاهر قيل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد فاما اذا لم يجد احدا يشهده عند الرفع او خاف انه لو اشهد عند الرفع ان يأخذه منه الظالم فترك الاشهاد لا يكون ضامنا بالاتفاق ومن وجد من يشهده جهرا وتركه ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه قوله ويكفيه في الاشهاد ان يقول ظاهر وقوله وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى اليها انها ليست ظاهر الرواية قال الطحاوي فاذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسا او خسيسا في ظاهر الرواية وقوله كانت مائة دينار وفي الاصل يعني يريد بوما روي البخاري في الصحيح مسندا الى ابي بن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وفيه نظر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وان هذا الحديث يدل على ان التعريف يكون حولين وليس ذلك بشرط بالاجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد وقوله وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم الى ما اختاره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وقوله كالنواة وقشور الرمان يعني اذا كان في مواضع مختلفة فجعلها فصار بحكم الكثرة لها قيمة فانه يجوز له الانتفاع بها لان القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها حتى ان صاحبها

اذا وجدها في يده بعدما جمعها كان له ان يأخذها لان الالقاء منه فدليل على الاذن لا على التمليك لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر في المحيط فاما اذا كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها انما جمعها بعد التعريف دفعها اليه ايضا لا لغير حقه المستحق الدفع البر وان اي وان لم يجي فهو بالخيار ان شاء تصدق بها ايضا لا لغرض المستحق وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها الى مستحقه وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها فان جاء صاحبها بعدما تصدق بها الملتقط باذن الحاكم فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته فان قيل التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل عندهما كما في بيع الفضولي وليس بلازم حتى لو اجاز المالك بعد هلاكها صحت الاجازة فاجاب بان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلما ثبت الملك حتى الاخذ اذا كان قائما في يد الموهوب له الفقير اجيب بان ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له وكالمرتد اذا لحق بدار الحرب مثلا بعدما قضى بامواله لبنيه وورثته فانه يأخذ ما وجده قائما بعد ثبوت الملك لهم فلا يمتنع ان يصح اجازته وكذا يعني على الفضولي فان التمليك فيه للمشتري انما يثبت بعد اجازة المالك فلا بد من قيام المحل بشرط قيام البائع والمشتري والمالك ايضا وسيجيء تمامه في البيوع ان شاء الله تعالى وان شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر فان قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق بها باذن الشرع اجاب بقوله لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع يعني ان الاذن الذي كان اباحة منه لا الزاما وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة فانه ان شاء ضمن المسكين لما ذكره في الكتاب وهو واضح وان كان العين قائمة اخذها لانه وجد عين ماله وحاصله ان المالك ان لم يجز الصدقة فلا يخلو اما ان تكون اللقطة قائمة في يد الفقير او هالكة فان كانت قائمة اخذها وان كانت هالكة فان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن الفقير وايهما ضمنه لا يرجع على صاحبه بشيء فان كلا منهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم بغير اذن المالك والفقير بالتسلم بغير اذنه لا ان الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لان التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئا وقوله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر ظاهر وقوله واذا كان معها اي مع اللقطة ما يدفع عن نفسها يعني ما يهلكها القاطع يذكر فيها والاباحة اي باباحة الاخذ وقوله كالقرن وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفحه وكذلك في الفرس وقوله يقضى بالكراهة اي بكراهة الاخذ وقوله وفي هذا نظر من الجانبين اي من جانب المالك بابقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما انفق على اللقطة وقوله فاذا لم يظهر له مدة بيعها قيل فاذا امر ببيعها فبيعت اعطى القاضي من ذلك الثمن ما انفق بامره في اليومين والثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم القاضي فيعينه على خصمه لان الغريم اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه فكان للقاضي ان يعينه على ذلك وقوله في الاصل شرط اقامة البينة يعني ان الملتقط يقيم البينة على انه هذه الدابة لقطة عنده فان قيل البينة تقام على خصم فكيف البينة بان الحال بانه لقطة لا للقضاء على المدعي وقوله فان قال لا بينة لي الملتقط فالاسبه ان يقول لي انها لقطة عندي وكنا لقطة يقول القاضي للملتقط انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت وانما يقول هذا التردد احترازا عن لزوم احد الضررين لانه لو امر قطعا تضرر المالك لسقوط الضمان على تقدير الغصب ولو لم يأمر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد انفق عليها وقوله اذا شرط القاضي الرجوع على المالك متصل بقوله انما يرجع اي انما يرجع الملتقط على المالك اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه الرواية التي ذكرناها في مسائل اللقيط فحينئذ يرجع على اللقيط والا فلا وهذا احتراز عن قول بعض اصحابنا بان مجرد امر القاضي

بالانفاق عليه قال رحمه الله واذا حضر يعني المالك كلامه ظاهر وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله
لانه حي بنفقته يقال انشدت الضالة اي عرفتها او انشدتها اي طلبتها ومعنى الحديث الذي
ذكره الشافعي لا تحل لقطتها الا لمنشدها اي لطالبها وهو المالك عنده والمعرف عندنا العفاص الوعاء
الذي يكون فيه النفقة من جلد او خرقة او غير ذلك والوكا الرباط يقال اوكي السقاء شده بالوكا
وهو الرباط الذي يشد به وقوله انقا ملكه المالك من وجه يعني من حيث تحصيل الثواب
فيملكه كما في سائر اللقطات وتاويل ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم لا تحل لقطتها الا لمنشدها
لا تحل الملتقط الا للتعريف فان قيل ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم اجاب بقوله والتخصيص بالحرم
وبيانه ان مكة شرفها الله تعالى مكان الغرباء لان الناس يأتون اليها من فج عميق ثم يتفرقون فيحسب انه
يبدون الرجوع لم يبق لها فالظاهر انها للغرباء ولا يتحقق عودهم في سنة او اكثر فينبغي ان يسقط التعريف
لعدم الفائدة فازال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم فقال معناه لا يحل رفع لقطتها الا لمعرفها
كما هو الحكم في غيرها من البلاد وقوله لهما اي لمالك والشافعي رحمهما الله تعالى وحاصله ان الملتقط مانع
من وجه دون وجه فيكتفي في الحجة بذكر الوصف ولا يحتاج الى اقامة البينة ولنا ان المدعي
معصوم كالملك بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر باعتبار ان الدفع لانه غرقا بل الشغل وقوله
وهذا اي هذا الحديث الامر به وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر
فانه لو لم يحمل على الاباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك والقائلون يقول الحمل على
الاباحة علا بستلزم عدم جواز الدفع انتفا لا انتفا الحل والجواب ان الشافعي يقول بانتفا الجواز
لانتفا الوجوب والمصنف هيهنا في مقام الدفع فجاز ان يدفعه على طريق يلتزمه الخصم وقوله
بخلاف الكفيل لوارث غائب عنده اي عند ابي حنيفة فانما رد الضمير عليه وان لم يسبق له ذكر لحضوره
في تلك المسئلة هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة اما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على
انه له ففي اخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا ياخذ كفيلا وقوله لان المالك ههنا
غير ظاهر يعني يجاز ان يكون المالك هو الذي حضر فلما اقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره
ملزما للدفع اليه واما المودع فانه مالك ظاهرا فيكون اقراره بالوكالة لا يلزمه الدفع اليه لانه
عن مالك بيقين ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعدما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع
وانكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشيء وههنا للملتقط ان يرجع على القابض
لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بامره وانه ليس بضامن بل المودع
ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه
ضامن بعدما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن لهذا كذا في المبسوط
وقوله وكان من المياسير اي الاغنياء جمع الميسور ضد المعسور وقوله حلالا له على رفعها اي
ليكون حاملا باعثا على رفعها وقوله لاطلاق النصوص تركيبه قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم
بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله ولا تعتدوا وقوله فمن اعتدى عليكم وقوله
والاباحة للفقير لما روينا هو قوله صلى الله عليه وسلم فليتصدق به وقوله والغني محمول على الاخذ
جواب عن قوله ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها وقوله فانتفاع الجواب عن استدلاله
بحديث ابي رضي الله عنه وقوله وهو جائز اي الانتفاع للغني جائز باذن الامام لانه في محل
مجتهد فيه وقوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين يعني نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع
للملتقط وقوله لما ذكرناه اشارة الى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين والله تعالى اعلم

كتاب

كتاب الاباق

قال صاحب الهداية رحمه الله هذا الكتاب يعني اللقيط واللقطة والاباق فهو الهرب والآبق هو الهارب
من مالكه قصدا الاخذ افضل في حق من يقوى اي يقدر عليه لما فيه من احيائه اذ الآبق هالك
في حق المولى فيكون الرد احياء له واما الضال فهو الذي لم يهتد الى طريق منزله من غير قصد فقيل
انه كذلك وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به
الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه هذا اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله واما اختيار
شمس الائمة الحلواني فهو ان الراد بالخيار ان شاء حفظه بنفسه وان شاء رفعه الى الامام وكذلك
الضال والضالة الواجد فيها بالخيار وقوله ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ظاهر وقوله ولنا ان
الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من
اوجب ما دونها فانا العمر رضي الله عنه في جعل الآبق دينارا او اثنا عشر درهما وقال علي رضي الله
عنه في جعل الآبق دينارا او عشرة دراهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه اربعون درهما وقال
عمار بن ياسر رضي الله عنه ان رده في المصر فله عشرة دراهم وان رده من خارج المصر استحق
اربعين فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا اي جمعا بين
الروايات المتفاوتة فان قيل كان الواجب ان ياخذ باقل المقادير لتيقنه اجيب بانه لم ياخذ
بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن بان يحمل قول من افتى بالاقل على ما اذا رده فيما دون مسيرة سفر
وقول من افتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر فهذا اولى لانه يعمل بكل منهما وقوله والتقدير
بالسمع جواب عن قياس الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل وفي قوله ولان الحاجة اشارة الى
نفي الالحاق دلالة لانه يقتضي التساوي بين الاصل والملحق وليس هو موجود وقوله ويقدر الرضخ
تفصيل لقوله وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وان عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر
درهما وثلث درهم والاشبه التفويض الى راي الامام وقوله وام الولد والمدبر في هذا اي
في وجوب الجعل بمنزلة القن لانهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف
بقوله لما فيه من احياء ملكه اولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من احياء المالية لان ام الولد لا
مالية فيها عند ابي حنيفة رحمه الله وقوله لانهما يعتقان بالموت باطلاقه ظاهر صحيح في ام
الولد وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه واما الذي عليه السعاية بان لم يكن للمولى مال سواه
فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده وحر مديون عندهما ولا
جعل لراد المكاتب او الحر وقوله ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو اي كل واحد منهما في عياله
ظاهر ولم يذكر جواب ما اذا لم يكونا في عياله والقياس ان يستحق كل من ذي الرحم المحرم الجعل اذا لم
يكن في عياله لكن استحسن فقيل اذا وجد عبد ابيه وليس في عياله فلا جعل له لان رد الآبق على
ابيه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك واما اذا وجد الاب
عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لان خدمة الابن ليست مستحقة على الاب وقوله فلا اشار ولم
قال رحمه الله
اطلاق الكتاب اي القدوري وهو قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام

وان ابق من الذي رده اذا ابق من الذي اخذه ليرده فلا شيء عليه اي لا ضمان عليه لانه امانة في يده لكن اذا اشهد عند الاخذ وقد ذكرناه في اللقطة ان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا قال المصنف رحمه الله وذكر في بعض النسخ اي نسخ مختصر القدوري لا شيء له اي لا جعل للراد اذا ابق الا بق منه وهو الصحيح ايضا لانه اي الراد في معنى البايع من المالك لان عامة منافع العبد نالت بالاباق وانما يستفيد المولى بالرد ما لحيت عليه والبايع اذا هلك في يده المبيع يسقط الثمن فكذلك ههنا يسقط الجعل واستوضح ذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح وكذا اذا مات في يده فلا شيء عليه لما قلنا انه امانة عنده ولو اعتقه المولى اي اعتقه قبل ان يقبضه وقت لقائه صار قابضا بالاعتاق فيجب عليه الجعل واشار بقوله بالاعتاق الى انه لو دبره كما ذكرنا لا يصير قابضا والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير قابضا كما لو اعتق المشتري العبد المشترى قبل القبض واما التدبير فليس باتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا الا ان يصل الى يده وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له وهذا اي عدم الجعل في الهبة فان المولى لا يصير بها قابضا قبل الوصول الى يده لانه في الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى يد المولى ولا بدله فلا يكون بحكم القبض **وقوله** والرد وان كان بحكم البيع جواب عما يقال قد تقدم من قبل ان الراد في معنى البايع من المالك ثم جوزتم بيع المالك من الراد قبل ان يقبضه فيجب ان لا يجوز لدخوله تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض وتقرير الجواب ان النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد لشبيه كامل بل هو بيع من وجه من حيث اعادة ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول عن المولى بالاباق فلا يكون داخلا تحت النهي فيكون كالبيع **وقوله** وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه اخذه ليرده ظاهر **وقوله** فان كان الابق رهنا سيأتي الكلام فيه في الرهن ان شاء الله تعالى **وقوله** والجعل بمقابلة احياء المالية ثم نظر لانه يلزمه اذا رد ام الولد والمدبر لانه لا احياء للمالية عند ابي حنيفة رحمه الله واجيب بان لا مالية فيها باعتبار الرقبة ولها مالية باعتبار كسبها لانها احق بكسبها وكذا احيا الراد ذلك برده **وقوله** وان كان عبدا مأذونا له فلحقه الدين في التجارة او ابقه ثلاث مال العين وقربه نحوه **وقوله** كالموقوف يعني بان ان يستقر للمولى متى اختار قضاء الدين وبين ان يصير للغرماء متى اختار البيع ولما توقف الملك في العبد توقف مئونة الملك وهو الجعل **وقوله** وان كان اي الابق موهوبا فالجعل على الموهوب له فان رجع الواهب في هبته بعد الرد وانما ذكر الواصلة هنا لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله فيجب على من يستحق الملك له وبقوله فعلى المولى ان اختار الفداء فعلى كلا التقديرين كان ينبغي ان يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه ووجه الدفع ان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد اي برد الابق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعدما رده من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بمجموع وهو ترك الموهوب له التصرف ورد الراد اجيب بانه كذلك لكن ترك الموهوب له التصرف اخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك يضاف العتق الى اخرهما وجودا كذا هنا **وقوله** وان كان لصبي الى اخره ظاهر

كتاب المفقود

اي وجه المناسبة لكتب تجانس بعضها بعضا من حيث ان في كل منها عرضية الزوال والهلاك منهم

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب ههنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من

الاضداد يقال فقدت الشيء اي اضللته وفقدته اي طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه وذكر في الكتاب ما يدل على معناه الشرعي وهو قوله اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت **وقوله** نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه اشارة الى ان حكمه في الشرع وكلامه واضح **وقوله** ولا ينصب له في عقار او عرض في يد رجل بان كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره **وقوله** ولانه اي الوكيل من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين فانه عند ابي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها واذا كان كذلك يعني انه وكيل القاضي فلم يملك الخصومة كان حكم القاضي بشيء للخصومة قضاء بالدين للغائب والقضاء على الغائب لا يجوز لان القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصورة الا اذا رآه القاضي اي جعل ذلك رأيا وحكم به فحينئذ يجوز لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض اخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف اجيب بان المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر ام لا فاذا رآها القاضي حجة ورأى قضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف **وقوله** ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي ظاهر **وقوله** ومن الثاني الاخ والاخت انما كان من الثاني لان نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيها فلا يجب الا بالقضاء او الرضا ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء او الرضا **وقوله** فاذا لم يكن ذلك يعني الملبوس والمطعوم في ماله **وقوله** وهذا اي الذي ذكرنا من انفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير اذا كانت في يد القاضي **وقوله** وهذا اي الاحتياج الى الاقرار انما هو اذا لم يكونا اي الدين والوديعة والنكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئا واحدا والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرها بلفظ التثنية **وقوله** هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر رحمه الله انه لا ينفق منها عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضي على الغائب اذا لم يكن عنه خصم ولكنا نقول المودع مقر بان ما في يده ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود **وقوله** لان القاضي نائب عنه اعترض عليه بان القاضي نائب عن الغائب في القبض للحفظ لا للحفظ في القبض للانفاق على عياله فلم يكن نائبا واجيب بان القاضي نائب عنه في ايفاء ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفظ ولهذا جاز له ان يوفي ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه نائب عنه في الحفظ فقط فان قلت اذا دفع المودع بغير امر القاضي وجب ان لا يضمن لانه دفعها الى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك اجيب بان الدفع اليهم لا بوجه اذا كان للحفظ والدفع للانفاق دفع للاتلاف **وقوله** لان ما يدعيه للغائب معناه ان الخصومة لا تصح الا من المالك او نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لانه لم يوكله وهو ظاهر ولا حكما لان ما يدعيه الغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال اخر للمفقود ولا يكون النائب حكما الا في مثل ذلك وسيجيء تمامه في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى **قال** رحمه الله ولا يفرق بينه وبين امراته وكلامه واضح وقصته من استهوته الجن اي جرته الى المهاوي وهي المهالك ما روى عبد الرحمن بن ابي ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال اكلت خزيرا في اهلي ثم خرجت فاخذني نفر من الجن فمكثت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني فاتوا بي قريبا من المدينة فقالوا اتعرف النخيل فقلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد ابان امراتي بعد اربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر بين ان يردها علي وبين المهر قال المالك

وهذا مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وللجامع ان فيهما منع الزوج حق المرأة ودفع الضرر عنها فان العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها ويفرق بين المولى وامرأته بعد اربعة اشهر لدفع الضرر عنها ولكن عند المفقود اظهر من المولى والعنين فيعتبر في حقه المدتان في الرخص بان يجعل المولى بمكان السنين فتتربص اربع سنين عملا بالشبهين **وقوله** ولنا ما ذكر وحاصله ان البيان في الحديث المرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم مجمل وقول علي رضي الله عنه خرج بيانا لذلك المبهم **وقوله** وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه رواه ابن ابي ليلى **وقوله** ولا معتبر بالايلاء جواب عن قياس ما لك ان صورة النزاع على الايلاء وهو ظاهر فان الايلاء كان طلاقا معجلا فكان مؤجلا كالمتكلم بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه طلاق لا معجل ولا مؤجل **وقوله** ولا بالعنة جواب عن القياس بالعنة وتقريره ان العنة بعدما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تتحول فكان التفريق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امرأة المفقود فان حقها مرجو قبل مضي اربع سنين وبعده **قال** رحمه الله واذا تم له مائة وعشرون سنة اختلف روايات اصحابنا رحمهم الله في مدة المفقود فروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انها مائة وعشرون سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قيل وهذا يرجع الى قول اهل الطبائع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه المدة وفي ظاهر الرواية بعد موت الاقران فانه اذا لم يبق احد من اقرانه حيا حكم بموته لان ما يقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل يعتبر اقرانه في جميع الدنيا او في الاقليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرائض السراجية وفي المروي عن ابي يوسف رحمه الله تسعون سنة لان الظاهر انه لا يعيش احد في زماننا اكثر من مائة سنة وقدر بعضهم بتسعين لانه متوسط بين الغالب والنادر والاقيس هو التقصيل المفقود وهو المقيس على طريق الشهود كما لم اشتغل عن ذات الحسن ان لا يقدر بشيء من المقدرات كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الاقران لانه لو لم يقدر بشيء اصلا لتعطل حكم المفقود والارفق ان يقدر بتسعين لانه اقل ما ذكر فيه من المقادير **وقوله** واذا حكم بموته ظاهر وكذلك اذا اوصى للمفقود ومات الموصي اي لا تبطل الوصية بل يتوقف وذكر في الذخيرة اذا اوصى رجل للمفقود بشيء فلا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يحبس حصة المفقود الى ان يظهر حاله فكذا في الوصية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر **وقوله** وتصادقوا اي الورثة المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لان الاجنبي الذي في يده المال اذا قال قد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان اقرار ذي اليد فيما بيده معتبر وقد اقر بان ثلثي ما بيده لهما فيجبر على تسليم ذلك اليهما وقوله ولاد الابن ابوهما مفقود لانه لا يعتبر اقرار ذي اليد لانهم لا يدعون لانفسهم شيئا بهذا القول ويوقف الباقي في يدي ذي اليد على يدي الموصي حتى يظهر مستحقه هذا اذا قرر في بيان المال الامانة لو جحدناه يكون المال في يد الميت فاقامت البنتان البينة ان اباهما مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان يجحد الوارث معهما او كان مستولى الوارث معهما فانه يدفع الى البنتين النصف لحجتهما بهذه البينة بشيئان الملك لابيهما في هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة فاذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يد عدل لان الذي في يده جاحد فهو غير مؤتمن عليه وانما قيد بقوله والمال في يد الاجنبي لانه اذا كان في يد الابنين والمسئلة بحالها فان القاضي لا ينبغي له ان يحوله عن موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من ايديهما لان النصف صار بينهما

سوية والنصف الباقي للمفقود من وجه ويريد بقوله ولا يقف منه شيئا للمفقود ان لا يجعل شيئا مما في يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود فطلب البنتان ميراثهما وتصادقوا ان الابن مفقود فانه يعطي البنتان النصف وهو ما نصيبهما ويترك الباقي في يد ولدي الابن المفقود من غير ان يقضي به لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين فكان النصف متيقنا **وقوله** ونظير هذا يعني المفقود الحمل في حق وقف النصيب فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها شرح الفرائض السراجية في علم الفرائض **وقوله** ولو كان معه اي مع الحمل وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه كما اذا ترك امرأة حاملا وجدة فان للجدة السدس لانه لا يتغير نصيبها بالحمل وكذلك اذا ترك ابنا وامرأة حاملا فان المرأة تعطى الثمن لانه لا يتغير نصيبها وان كان ممن سقط بالحمل لا يعطى كالابن والاخ والعم فانه لو ترك امرأة حاملا واخا او عما لا يعطى الاخ والعم شيئا لان من الجائز ان يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم فلما كان ممن يسقط كان اصل الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطى شيئا كذلك وان كان ممن يتغير به تعطى الاقل المتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فيهما يرثان الربع والثلث فيعطيان الثمن والسدس للتيقن كما في المفقود يعني انه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك اخا وابنا مفقودا لا يعطى الاخ شيئا وكذلك لو ترك اما وابنا فانه ان كان المفقود حيا فتستحق الام السدس وان كان ميتا تستحق الثلث كما في الحمل والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الابواب المارة انساقت الى ههنا على الوجوه المذكورة ولما كان الشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث ان نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة ذكرها عقيبه وهي عبارة عن اختلاط النصيبين لان العقد سبب له والشركة جائزة لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهي على ضربين شركة املاك وشركة عقود وكلامه ظاهر **وقوله** خلطا يمنع التمييز رأسا كخلط الحنطة بالحنطة او الاحرى كخلطها بالشعير **وقوله** فانه لا يجوز يعني البيع من الاجنبي الا باذن شريكه **وقوله** وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى قيل الفرق ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعد كان سببا لزوال الملك من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد منا بالا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين **وقوله** قابلا للوكالة احترازا عن الشركة في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد فان الملك في هذه الصورة يقع لمن باشر سببه خاصة من بينهما مخصوصة ينتقض عقد الكفالة ان هذه العقود دائما تتضمن الوكالة لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما فصار كل واحد وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة **وقوله** ثم هي اربعة اوجه ذكر في وجه الحصر على ما ذكر ان الشريكين اما ان يذكر المال في العقد او لا فان ذكر فاما ان يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في رأسه

ويحتمل وربحه اولا فانه لزم نفي المفاوضة والا فالعنان وان لم يذكرا فاما ان يشترطا العمل فيما بينهما في مال الغير او لا فالاول
الصنائع والثاني الوجوه ومعنى البيت لا يصلح امور الناس حال كونهم متساوين اذ لم يكن لهم امراء وسادات فانهم
اذا كانوا متساوين يتحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السري وهو جمع عزيز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسري
وقوله فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء اما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه واما انتهاء
فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم
الابتداء وفي ابتداء المفاوضة يشترط المساواة فكذا في الانتهاء وقوله وذلك اي تحقق المساواة في المال
والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يضر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان
لاحدهما عروض وديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون وقوله وكل ذلك بانفراده فاسد اي كل
من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشراء او بشراء الثوب كان فاسدا
وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للمجهول او بالمجهول في البطلان فان قيل الوكالة العامة جائزة
كما اذا قال لآخر وكلتك في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله اجيب بان العموم ليس بمراد
ههنا فانه لا يثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس
فلا يجوز وقوله والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة يعني الوكالة بمجهول الجنس موجودة في المضاربة وهي
جائزة هناك تبعا فكذلك ههنا الا ترى ان شركة العنان تصح وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما
غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة وقوله لان المعتبر هو المعنى دون اللفظ توضيحه ان الكفالة بشرط
براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة وقوله ولا يجوز اي المفاوضة بين الحر والمملوك
ظاهر واعترض على قوله ولما انه لا تساوي في التصرف بان المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي مع انهما لا يتساويان
في التصرف فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لاعتقاده المالية فيها والكتابي لا يتصرف وكذلك الكتابي يؤاجر
نفسه للذبح دون المجوسي لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الحنفي والشافعي مع وجود التفاوت كما قال ابو
يوسف واجيب بان عدم المساواة مبطل لحمل العقد لا محالة والتفاوت في الموقوذة لا يعتبر لان من
تحمل الموقوذة ما لا يتمول مما لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي فتحقق المساواة واما مؤاجرة نفسه
للذبح فان المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكتابي والمجوسي ممن ان يتقبل ذلك
العمل على ان يقيم بنفسه او بنائبه ولجارية المجوسي الذبح فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على
ان متروك التسمية عامدا لا يشربها المتقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام
بالحاجة فتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف الا بين الصبيين يعني وان اذن لهما ابوهما لا تعني المفاوضة
على الكفالة وهما ليسا من اهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله اذ هو اي العنان قد يكون خاصا وقد يكون
عاما في انواع التجارة في نوع خاص منها والمفاوضة عامة فيها فجاز ان يذكر لفظ المفاوضة ويراد معنى
العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم وقوله وتنعقد على الوكالة والكفالة اي وتنعقد شركة
المفاوضة على الوكالة والكفالة لتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا يعني قوله لتكون ما
استفادا بالتصرف مشتركا وعلى الكفالة على معنى ان يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشر الآخر
واليه اشار بقوله لتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله
لان مقتضى العقد تعليل المستثنى منه وقوله يقوم على الشركة وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله
والتابع اي لبائع الطعام والكسوة وقوله مما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء وهو استحسان وفي ان يستأجر احد المتفاوضين
ابلا في تجارة او دابة او شيئا من الاشياء للركوب جاز ان يأخذ بالاجر ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل
واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذا لو كان استأجر لحاجة نفسه او استأجر ابلا الى مكة يحج عليها

فللمكاري

فللمكاري ان يأخذ ايهما شاء بالاجر ان شريكه اذا ادى من خالص ماله رجع به عليه لانه ادى ما كفل عنه بامره وان ادى
من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدى واما في شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذي استأجره لانه
هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجناية على بني آدم والنكاح والخلع والصلح عن
دم العمد عن النفقة فلو ثبت في احد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش معلوم ولو استحلفه عليه
ثم اراد ان يستحلف شريكه لم يكن له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فيما لزمه بسبب التجارة واما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا به الا ترى انه لو ثبت بالبينة
او بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبه شيء ولا خصومة للمجني عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح
عن دم العمد والنفقة اذا ادعاه احدهما وحلفه عليه للشريك ان يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما اذا
كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذلك
لو اقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا تبين صورة غيره وقوله ولو كفل احدهم مال عن رجل وقوله ولو صدق
يعني عقد الكفالة واما في حال المرض لان المريض لو اقر بالكفالة السابقة في حالة الصحة تعتبر ذلك من
جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها يلائم حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة تشمل المفاوضة وقوله فلا تنظر الى البقاء مع
تضمنه المفاوضة يعني وحاجتنا هنا الى البقاء اذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة لانهما حكمان يلزم
المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء كالاذن للصبي وقوله لان كلامنا في الابتداء
بالامر يلزمه اولا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم يعتبر ههنا لان الاشكال يحتاج اليه والا لكن هنا للصحة
الابتداء لكونه الضامن من اهل الضمان دون الصبي وقوله لم يصح ممن ذكر يريد به الصبي والماذون له
آخر واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان قال في المبسوط ان اقراض احد المتفاوضين
يلزم شريكه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع وقوله ولئن سلم
فهو عارية ولئن سلمنا ان اقراض احد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فانما لا يلزم لان الاقراض اعارة
معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقود بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا
ان ما يأخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقرضه لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية وقوله حتى لا يصح
فيه الاجل اي لا يلزم لان تأجيل الاقراض والعارية جائز ولكن لا يلزم المضي على ذلك التأجيل وقوله فلو
كانت الكفالة بغير امره متصل بقوله اذا كانت الكفالة بامره وقوله في الصحيح اشارة الى نفي ما ذهب
اليه عامة المشايخ في شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بينهما اذا كانت بامره او بغير امره لاطلاق رواية
الجامع الصغير والمصنف تابع لما ذهب اليه الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما واجاب
عن اطلاق جواب الكتاب اي الجامع الصغير بانه محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لانه حينئذ يكون معاوضة
انتهاء والا فهو تبرع ابتداء وانتهاء فلا يؤخذ به شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى يعني انه يلزم شريكه وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في انه يلزمه الكفالة وعن
ابي يوسف في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وتحرير المذاهب على هذا الوجه مخصص لانه لا يظهر ان شيئا
مما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة بان محمدا مع ابي حنيفة رحمهما الله في
لزوم ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية وقولهما
ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل ما لا يحتمل الشركة فانه يجب باصل السبب وعند ذلك
الحال قابل للملك ولهذا يملك المغصوب والمستهلك بالضمان وكذلك يصح اقرار المأذون به ويؤاخذ به
في الحال وكذا يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معنى قوله
لانه معاوضة انتهاء وقوله وان ورث احدهما مالا بالتوريث اي المال الذي يصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير

والدنانير والفلوس النافقة بطلت المفاوضة لما ذكر في الكتاب **وقوله** فان المساواة لثبت بشرط بقاء وهي في البقاء ابتداء وكل ما يشترط فيه ابتداء يشترط فيه دواما لان للدوام حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان احد الشريكين اذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبر القاضي على ذلك وتامل في كلام المصنف رحمه الله تامل عالم بالتحقيق يدرك ما اعترض عليه بان عقد التجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء لانا قد قلنا كلما هو عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء وذلك لانا قد قلنا كلما هو عقد غير لازم فلدوامه
~~حكم الابتداء وذلك لانا قد قلنا كلما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء حتى لما ثبت ثبوت احد~~
~~المتعاقدين فحينئذ كيف يصح التعليل بحكم اللزوم لا يجاب~~ عنه ذهنيا ان يكون له دوامه حكم الابتداء
وذلك لانا قد قلنا كلما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهذا ثابت بالاستقراء ونضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء واما ان يكون بعض العقود اللازمة ايضا للدوام حكم الابتداء فلا يضر في مطلوبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب ولان هذه المفاضلة لا تمنع ابتداء فكذلك لا تفسد بقاء **فصل** لما كان التحقيق ما ينعقد به شركة المفاوضة عن البحث عنها فصل عما تبعه في فصل على حدة وقال ولا ينعقد الشركة اي شركة المفاوضة لان الكلام فيها اذا ذكرت في المال الا بالدراهم والدنانير واما قيدنا بقولنا اذا ذكر فيها المال لانه ذكر المال الشركة بخلاف فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيها المال وكلامه واضح الا ان في ذكر خلاف مالك رحمه الله تعالى نظرا لما تقدم من قوله وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة الا اذا ثبت عنه روايتان او يكون تفريعا على قول من يقول ابي حنيفة رحمه الله في المزارعة ثم قوله لا لانه اعقدت تعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به في ذلك الربح **وقوله** بخلاف المضاربة يعني ان المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان القياس يأبى جوازها لما فيه من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح ربح ما هو غير مضمون فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا يصح الا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير واما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيشتري فيه العروض والنقود ويعمل كل واحد منهما في مال نفسه ومن غير شركة فيصح **وقوله** ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض ثم باع احدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كانا شريكين في الربح الذي حصل في مبيع احدهما فيأخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك له الربح ما لم يضمن ولم يملكه وذلك لا يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان كل ما يشتري كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به البيع بل يثبت ويجب الثمن في الذمة اذ الاثمان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما في ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما مضمونا فكان في الربح ربح ما ضمن ومعنى قوله تفاضل الثمنان اي فضل احدهما على الآخر كما ذكرنا واما تفاضلهما معا فيجيء **وقوله** ولان اول التصرف في العروض دليل آخر وتقريره في النهاية على وجه يجيء الى ربح ما لم يضمن وذلك لانه قال لان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا تجوز الشركة باعتبار ~~الوكالة~~ ~~كل موضع لا تجوز الشركة~~ ومعنى هذا ان الوكيل بالبيع يكون امينا فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما لم يضمن فاما الوكيل بالشراء وهو ضامن للثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمنت **وقوله** قالوا هذا اي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد رحمه الله وقيد باعيانهما ليظهر ثمرة الاختلاف فانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاجماع الركب منا عندهما فلو جوز النسيئة

في الجنس الواحد واما عند محمد فلهذا ولبقاء الثمنية واما اذا كانت باعيانها فعندهما يجوز وعند محمد رحمه الله لا يجوز وسيجيء تمام التحقيق فيه في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى **قوله** والاول يعني كون ابي يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله اقيس لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين باعيانهما كانا متفقان ايضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان الفلوس حكم العروض والعروض لا تصح رأس مال الشركة وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح المضاربة بها اي بالفلوس النافقة **قال** ولا يجوز بما سوى ذلك كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب بمختصر القدوري **وقوله** وهذا الماعرف اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين لانهما اي الذهب والفضة **وقوله** الا ان الاول يعني رواية الجامع الصغير اصح وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية **وقوله** لانهما اي لان ما قبل الذهب والفضة **وقوله** الا ان يجري التعامل استثناء من قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز الشركة بما قبل الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها فحينئذ يجوز الشركة بها كذا قيل والاولى ان يجعل استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق **وقوله** والاختلاف فيه اي عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بيننا وان خلطا ثم اشتركا ففيه الخلاف المذكور في الكتاب وثمرة الخلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فعند ابي يوسف رحمه الله لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرطا ظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف لانهما اي المكيل والموزون والعددي المتقارب يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح ما لم يضمن ووجه قول محمد رحمه الله انها اي المكيل والموزون والعددي المتقارب ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من وجه من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين يعني الخلط وعدمه فلشبههما بالمبيع قلنا لا تجوز الشركة بها قبل الخلط ولشبههما بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها ضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها علينا بتقويها وهو الخلط لان بالخلط يثبت شركة الملك فتتأكد به شركة العقد لا محالة بخلاف العروض لانها ليست بمثلية والاختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق لمحمد رحمه الله يحتاج الى الفرق وهو ما ذكره ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى ان من اتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة وعند جنسين من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فتمكن الجهالة كما في العروض ثابت الربح واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء اي في فصل القضاء من الجامع الصغير واما في هذا الكتاب فقد بيناه في كتاب الوديعة والدليل ان مراده قضاء الجامع الصغير **قوله** قد بيناه بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال سنبينه والذي بينه ههنا في كتاب الوديعة ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان **قال** واذا اراد الشركة بالعروض في جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم والفلوس النافقة وفي ذلك تضييق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس ~~ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس~~ فقال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة لانه اذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا قال المصنف رحمه الله وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة واستشكله الشارحون بانه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج

الى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لا تصلح راس مال الشركة اذا لم يبع احدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر
اما اذا باع فهو الحيلة في جوازه ثم اجاب بعضهم بان معنى قوله ثم عقد الشركة شركة ملك حتى يصح قوله
وهذه شركة ملك وهو بعيد لان تعرض القدوري بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض وقال الآخرون
معناه انها شركة ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون راس المال عرضا ونظم كلام المصنف
لا يساعده وانا اذكر لك ما ذكره شيخ شيخي العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا
نقصان لانه حل معقد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معنيين احدهما ربح ما لم
يضمن كما بينا والثاني جهالة راس المال فاذا باع احدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال
القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمرغيناني من اصحاب
الشافعي لان راس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح
الحاصل من مالهما ربح ما انضمن عليهما فيصح وعلى هذا لو باع احدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم
عقدا الشركة عنانا او مفاوضة يجوز لزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على
قياس قول محمد رحمه الله يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول ابي يوسف لا يجوز
بعد الخلط وعلى قياس قول ابي يوسف لا يجوز الا ان يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل
الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الائمة وصاحب الهداية انه
لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو اقرب الى الفقه لبقاء جهالة راس المال والربح عند القسمة بخلاف
المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد رحمه الله لزوال الجهالة اصلا لانها من ذوات الامثال بخلاف ما
اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما
فيكون ذلك راس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز عليه ايراد
العقد كبيع الشرب تبعا للارض ثم المصنف رحمه الله اختار عدم الجواز وعدل عما ذكر القدوري فقال وهذه شركة
ملك عندي لا كما ذكره القدوري انه شركة عقد لا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا ان العروض لا تصلح راس
مال الشركة ونظير ما ذكر القدوري ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة ثم عدل المصنف بقوله فالنية
في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة (قوله) يبيع صاحب الاقل يعني ما تثبت به الشركة نظيره ما اذا كانت
قيمة عروض احدهما اربعمائة درهم مثلا وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه
بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون الربح بينهما على قدر راس مالهما (قال) واما شركة العنان فهو عطف
على قوله في اول كتاب الشركة فاما شركة المفاوضة والعنان ماخوذ من عن اذا عرض سمي به لانه شيء عرض في هذا
القدر لا على العموم على الوكالة والكفالة وقيل انه ماخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه
ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك هاهنا شاركه في بعض ماله وانفرد بالباقي وكالته ظاهر (وقوله) كما بينا اشارة
الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف
مشتركا بينهما فيتحقق المطلوب منه ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وجملة القول في ذلك انهما
ان شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في راس المال جاز عند علمائنا الثلاثة
ويكون الربح بينهما على ما شرطا وان عمل احدهما دون الآخر واما اذا شرطا العمل على احدهما فان شرطا الربح بينهما على
قدر راس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح
للعامل اكثر من راس ماله جاز ايضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع
اكثر من راس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما
على قدر راس مالهما ابدا (وقوله) وهو قول زفر والشافعي رحمه الله واضح (وقوله) ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما

العاقدان

العاقدان والوضيعة على قدر المال ورواه اصحابنا في كتبهم عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه (وقوله) من غير
فصل يعني بين التفاضل والتساوي (وقوله) كما في المضاربة اعترض عليه بانه اذا لم يخلط هذا العقد في
المضاربة صار في التقدير كانه قال اعمل في مالك وربحه لك واعمل في مالي وربحه بيننا وفي المضاربة اذا
شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوز هذه الشركة وان شرط عملهما واجيب بانه ليس هذا العقد
مضاربة من كل وجه على ما نذكره انه يشبهها لا من كل وجه وما اشبه الشيء من وجه لا يلزم ان يأخذ
حكمه من كل وجه (وقوله) بخلاف اشتراط جميع الربح جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح لاحدهما يجوز فكذا
اذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب ان شرط جميع الربح
يخرج العقد من الشركة والمضاربة الى قرض او بضاعة لانه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان
شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد يجوز ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في
مال الشريك ويشبه الشركة اي شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا
يصح اشتراط الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالاجماع
وهذا يتضمن الجواب عن قولهما ان اشتراط زيادة الربح لاحدهما يؤدي الى ربح ما لم يضمن وعملنا بشبه
الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما (قال) رحمه الله ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما [illegible] ويجوز
ان يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه
اي في هذا العقد لان لفظ العنان لا يقتضيه اي لا يقتضي المساواة في المال الا انه ليس بشرط [illegible]
الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة (وقوله) للوجه الذي ذكرنا يعني ما ذكره في اول هذا الفصل انه يؤدي الى ربح
ما لم يضمن (قوله) ويجوز ان يشتركا ظاهر (وقوله) فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله يعني اذا لم يعرف انه اشترى من
مال التشريك او من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة فان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه
(وقوله) فاذا هلك مال الشركة ظاهر وقيد الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي
ضمن عقد الرهن فانها فيهما تبطل ببطلان ما تضمنها من الشركة والرهن لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن
تبعا واما الوكالة المفردة بان وكل رجلا بشراء عبد ودفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل واما المضاربة
فنقل [illegible] في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلت
المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف هاهنا تتعين فيها بالقبض ونقل في الكفالة روايتان (وقوله) لانه ما رضي
بشركة صاحبه في ماله اي الشريك الذي لم يهلك ماله ما رضي بشركة صاحبه الذي هلك ماله الا على تقدير بقاء
مال الشريك في ماله كما يشركه هو في ماله (وقوله) ولهما اهلكه يهلك من مال صاحبه ظاهر (وقوله) ثم الشركة
شركة عقد عند محمد رحمه الله خلافا للحسن بن زياد وفائدته تظهر في جواز بيع الكل فعند محمد لهما ان يجوز
بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها [illegible] بعد الشراء بالمال الباقي
جميعا وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع احدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال او هلكت
قبل الشراء بالمال الآخر وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك (وقوله) وقد بيناه
اشارة الى قوله معناه اذا ادى من ماله نفسه للآخر (وقوله) اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الآخر [illegible] واضح
(وقوله) لما بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته (وقوله) وانه بالخلط اي الشركة في الاصل [illegible]
(وقوله) وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع المال يعني دائما قلنا ان الربح فرع المال لان المال محل الشركة
هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال شركة المال [illegible] يشترط تعيين راس المال وما اعتبر التعيين الا لتكون الشركة
في الثمرة مستندة الى المال بخلاف المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال
فيستحق الربح عمالة على عمله (وقوله) وهذا اصل اشار الى قوله لان الربح فرع المال [illegible]

المجموع قوله والوثيقة احترازا عن الرهن فان المرهون مقبوض لاجل الوثيقة قال رحمه الله واما شركة الصنائع كلامه ظاهر قوله لا تفيد مقصودهما اي مقصود الشريكين وهو التثمير ظاهر وفي بعض النسخ لا تفيد مقصودها اضاف المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين بادنى ملابسة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة قوله ولا يشترط فيه اي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رحمهما الله قالا ان العقد لا الا القصارين اشتركا او صباغين جاز وان اختلفا صباغ وقصار اشتركا لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته فلا يتحقق ما هو مقصود الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ان المقصود منه تحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان واختلافهما اما الاول فلان التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيده بل له ان يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا واما الثاني فلان احد الشريكين لو عمل في دكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم انه من الفروع المرتبة على اصل زفر والشافعي رحمهما الله في مسئلة الخلط ان شركة التقبل لا تجوز فكيف صح قول زفر مع مالك رحمهما الله في جوازها اذا كانت الاعمال متفقة اجيب بان زفر رحمه الله له في هذه المسئلة اعني الخلط روايتان فذكر المصنف في تلك المسئلة حكم الرواية التي اشترط فيها خلط المال وذكر ههنا حكم الرواية التي لا يشترطه ولكن اطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره متناقضا قوله ولو شرطا العمل نصفين اي اذا شرطا في شركة التقبل ولم يكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح اثلاثا جاز استحسانا والقياس ان لا يصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه اي الى ربح ما لم يضمن وصار كشركة الوجوه فان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المشترى بينهما على التساوي واما اذا اشترطا التفاوت في ملك المشترى فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه ايضا قوله ولكنا نقول بيان وجه الاستحسان ما ياخذه كل من الشريكين يعني لا يستحقه ربحا لان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استأجرا دابة بعشرة دراهم ثم آجراها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه مختلف لان رأس المال العمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم فاذا رضيا بقدر معين كان ذلك تقويما منهما للعمل فيتقدر بقدر ما قوم به ولا يحرم لانه لم يؤد الى ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق وهو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت او دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق قوله وربح ما لم يضمن لا يتقدر به لو كان اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن وذلك لا يجوز الا في المضاربة وانما جاز ذلك لو وقع بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس لواحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيه ربح ما لم يضمن فلا يجوز قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه ظاهر قوله يبرأ الدافع بالدفع اليه اي يبرأ الدافع الاجرة الى كل واحد منهما من الشريكين قيل يجوز ان يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع اليه اي الى صاحبه يبرئ من الضمان قوله وهذا اشارة الى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة ظاهر في المفاوضة وفي غيرها وهو العنان استحسان وتوجيهه الى معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة والكفالة من مقتضيات المفاوضة حتى تثبت وان لم يذكراها هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت مع ما ليس من مقتضياتها بدون الشرط وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر فهذا اي

يقتضي بناء على اصلهما ذلك فانه اذا كان رأس مال احدهما دراهم والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما صحيحة خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله وكذلك اذا كان رأس مال احدهما بيضا والآخر سودا ولا تجوز شركة التقبل اي على قول زفر والشافعي رحمهما الله ~~وكذلك اذا كان رأس مال احدهما~~ لانعدام المال قولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان كلما هو مستند اليه هو الاصل اما انها مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه واما ان كل ما هو مستند اليه فهو الاصل فلان المراد بالمستند اليه هو ان يكون غيره مبنيا عليه وذلك حد الاصل فانما عبر عنه بهذه العبارة لان الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه بطريق الاصالة وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز ان يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز ان يضاف الى عين العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود ثبت الحكم في الفرع وهو الربح وان لم يختلط المالان والدليل الثاني وهو قوله ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان كالشرح للدليل الاول فانه يتبين ان العقد هو الاصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل ان يشتري به شيئا لان هلاك المال وبقاءه اذ ذاك بمنزلة لكون الاصل وهو العقد وقد وجد المال والمال الموجود فلا يبالي بعد ذلك ببقائه اجيب بان بقاء الاصل شرط لوجود الفرع والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع واعترض ايضا بان المالين اذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التميز كما في العروض واجيب بان علة فساد الشركة في العروض ليست التميز وعدم التميز بل هي ما ذكرنا من الافضاء الى ربح ما لم يضمن قوله وصار كالمضاربة يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقا بالعقد دون المال كما في المضاربة فانه ليس هناك خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفرع المترتب عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح في شركة التقبل قوله ولا تجوز الشركة واضح قوله ونظيره في المزارعة يعني اذا شرط لاحدهما قفزانا مسماة كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به وهو ان شرط المزارعة ان يكون الخارج بينهما شائعا قال رحمه الله ولكل واحد من المفاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة او عنانا ان يفعل وان لا يفعل يجوز له ان يبضع لانه معتاد في عقد الشركة ولا معتاد كان العادة ولان له ان يستأجر على العمل لتحصيل الربح جاز له ان يبضع لان الاستيجار يحصل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستيجار اعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وان يودع المال لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا وان يدفع مضاربة لانها دون الشركة الا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضارب مستفادا بعقد الشركة لانها دون الشركة فتتضمنها الشركة هذا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ليس له ذلك لانه اي عقد المضاربة نوع شركة لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين [illegible] لا يجوز نقول ولهذا اي لاجل انه لا يتحصل بدون الضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل فحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامنا كالاجرة بخلاف حيث لا يملكها لان الشيء يتضمن مثله فان قيل العبد المعروف بالمكاتب كما انه جاز له ان يكاتب عبده والعبد المأذون له جاز له ان يأذن لعبده والجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما اطلق في الكسب وما شابه وهذا من كسب اسباب الكسب المطلقة لهما لانه من المستتبعات وان يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر وقرض بان الحكم الثابت مقصودا اعلى كالامين الثابت في ضمن شيء آخر لا محالة والتوكيل الذي كانت وكالته مقصودة بالشركة توكيل لغيره فاجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والشبهة وجه القياس في هذه المسألة ووجه الاستحسان قوله بلا حلي وجه البدل احترازا عن المقبوض على سوم الشرا لان المقبوض على سوم الشرا مضمون لاحتمال ان يدفع

وكون العمل مضمونا على الآخر يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله اي تقبل صاحبه عليه ولو لم يكن مضمونا
عليه لما استحق الاجر لان الغرم بازاء الغنم فاذا كان كذلك جرى هذا العقد مجرى المفاوضة في ضمان
العمل واقتضاء البدل وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب من قال فانما قلنا بانه يجري مجرى المفاوضة
في هذين الشيئين لا فيما عدا ذلك حتى ان هذا العقد مع انها حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن صابون
أو اشنان او اجر اجير او اجرة حانوت مضت لم يصدق في حق صاحبه الا ببينة ويلزمه خاصة لان التنصيص
على المفاوضة لم يوجد فنفاذ الاقرار من موجب المفاوضة قال رحمه الله واما شركة الوجوه فالرجلان
يشتركان شركة الوجوه وهي ان يشترك الرجلان ولا مال لهما ان يشتريا بوجوههما اي بوجاهتهما ويبيعا
عند الناس صحيحة عندنا على هذا اي كونهما يشتريان بوجوههما سميت شركة الوجوه لانه لا يشترى بالنسيئة
الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من اهل الكفالة لانه حينئذ يمكن
تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال اي الثمن والمثمن فيكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه ويكون
المشترى بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة او بما قام مقامه كما تقدم واذا اطلقت كانت
عنانا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي اي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهو ان الربح عنده فرع المال فاذا لم
يوجد المال لا ينعقد الشركة وقلنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد الى آخره وقوله ويجوز ان
يتفاضلا فيما يجب في الربح فان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما وقوله وهذه العبارة
الحكم المساواة في اشتراط الربح وقوله بالنصف قيد اتفاقي فانه يجوز ان يكون باقل من النصف ولا يستحق
على سواها فانه قيل لم لا يجوز ان يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومعاناة رأيه وتدبيره في الامور القائمة ولحذقه
وعلمه بالتجارة اجيب بانه اشتراط زيادة الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في مال معلوم كما في العنان
والمضاربة ولم يوجد هنا وقوله الا ترى توضيح لقوله ولا يستحق بما سواهما وقوله واستحقاق الربح
في شركة الوجوه عود الى المحكي لاتمام المطلوب يعني ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان
لا بالمال ولا بالعمل وقوله على ما بينا لا يقال هو اشارة الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله الضمان بقدر العمل فالزيادة
عليه ربح ما لم يضمن بل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال المتفق الى آخره وتقرير كلامه
استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر المال المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم
يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه يصح فيها لما ذكرنا من وجود مقابلته بالمال والعمل والوجوه
اي شركة الوجوه ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين واما المال في المضاربة
فليس بمضمون على المضارب والعمل يجري بالمال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في
مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيجوز فيها قيل فيه نظر لانه ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان لشبهه
بالمضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان لان العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجويز ربح ما لم
يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن والجواب ان العنان بالعروض لو كان
مؤديا الى ربح ما لم يضمن فقط لا اعتبرناه لكن انضم الى ذلك جهالة رأس المال والربح
والربح عندنا للتقية وليس في المضاربة ما يقتضي
اعتباره حتى يقويه وهذا الجواب يرجع الى تخصيص
العلة فاما ان يلتزم مساغه او يمنع الا بالخلاصه
المعلوم في الاصول والله تعالى اعلم

فصل في الشركة الفاسدة

وجه

وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخيره عنه لا يخفى على احد وكلامه واضح وقوله لان امر الموكل به غير صحيح ولا
عليه دليل لان على المطلوب تقريره لان المدعي ان التوكيل في اخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل
بما وكل به وهو اخذ المباح وامر الموكل باخذه غير صحيح لانه صادف غير محل ولايته وتقريره الثاني ان التوكيل
باخذ المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون امر الموكل ومن يملك شيئا بدون امر الموكل لا يصلح ان يكون
نائبا عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا
المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون امره لئلا يلزم اثبات الثابت ونوقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد
غير معين فان الوكيل يملكه بدون امر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح ان يكون
نائبا عن الموكل والجواب ان معناه يملكه بدون امر الموكل بلا اعتقاد وصورة النقض ليست كذلك فانه لا يملكه
الا بالشراء وقوله فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف
ثمن ذلك وقد عرف في موضعه اي في كتاب الشركة من المبسوط قيل تقديم ذكر محمد على ابي يوسف
رحمهما الله تعدين اي تعدد اجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا
وقدرا حتى لا يدري اي نوع ومن النوع عن نصيبان فاني قدر حصة تجهالة ولا يدري ان ايضا هل
يحتاج ما اعتقدا عليه عقد الشركة او لا يحتاجان فان كان كذلك لا يمكن ان يقال ان المعين رضي بنصف
المسمى من الحطب وغيره لان الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ الا ترى انه لو اتفقا على انه
فلم يصيبا شيئا كان له الاجر بالغا ما بلغ فههنا اولى لانهما اصابا وقوله واذا اشتركا ولاحدهما بغل
وللآخر راوية في الاصل يعبر للسقاء لانه يروي الماء اي يحمله ثم كثر حتى استعمل في المزادة وهي
المزادة ههنا قال ابو عبيد المزادة لا تكون الا من جلدين تقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد
وقوله لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره فيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما مر وكل فرع تابع
وكونه تابعا للمال هو مذهب الشافعي كما تقدم فكان الكلام مناقضا والجواب انه تابع العقد اذا كان العقد موجودا وههنا
تفسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط لان العلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها يضاف الى الشرط والريع اي
عبارة عن الزيادة يقال اخرجت الارض ريعها اي غلة لانها زيادة وقوله على ما بيناه من قبل اشارة
الى ما ذكره في باب احكام المرتدين من قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاقه الى قوله ولنا انه
باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام الى اخره وقوله لانه اي الموت عزل حكمي لكونه
الموكل موجبا عزل الوكيل حكما لتحول ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به الا ترى ان الوكيل
ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت
واعترض بانه قد تقدم ان الوكالة تثبت في ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من
بطلان التابع بطلان المتبوع واجيب بان الوكالة التابعة للشركة من حيث انها
شرطها لا تصح الشركة بدون الوكالة اشار المصنف رحمه الله الى ذلك انفا بقوله ولا بد منها اي الوكالة ليتحقق
الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله لانه اي الفسخ عزل قصدي فيتوقف على العلم

فصل

لما كانت احكام هذا الفصل بعضها من مسائل الشركة من قبل انها
ليست من مسائل التجارة اخرها في فصل على حدة وكلامه فيه واضح
لا يحتاج الى الشرح سوى ما نذكره وقوله اما اذا اذن كل واحد منهما ضمن كل
واحد منهما نصيب صاحبه عند ابي حنيفة خلافا لهما وقوله لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر يعني
اذا بعضا له على يد الوكيل الا لدفع الضرر اي بقاء الواجب في ذمته وقوله لانه غير حكمي اعترض عليه بانه يشكل

بالوكيل بقضاء الدين فانه هنا كذا اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان علم باداء الموكل ~~ان عني باداء الموكل~~
فهو ضامن وان لم يعلم لم يضمن شيئا فتحقق فرق هنا بين العلم وعدمه مع انه حصل العزل الحكمي هنا
ايضا باداء الموكل واجيب بان الوكيل بقضاء الدين مأمور بان يجعل الموكل مضمونا على القابض على ما هو
الاصل لان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل فلا يكون اداؤه موجبا عزل الوكيل حكما ولئن
يوضح الفرق ان ههنا لو لم يجب الضمان على الوكيل بجهله باداء الموكل لا يلحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من
استرداد المقبوض من القابض وتضمينه ان كان هالكا وههنا لو لم نوجب الضمان ادى الى الحاق الضرر
بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهذا اوجبنا الضمان
بكل حال واعترض عليه ايضا بان الزكاة كلما وجب سقط عنه بعد ادائه فترتب عليه عزل الوكيل
وطالما يؤدي عنه الوكيل بحكم سقوط الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الآمر وعنده ما يؤدي
الموكل عن نفسه الزكاة كالحالة الحالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا يوصف في هذه الحالة اداء كالة
استقرار الزكاة فكان اداؤه خاليا عن الوجه المأذون فكان مخالفا للآمر لذلك ضمن **قوله** والمأمور بدم
الاحصار جوابا عن قوله ~~بصار زكاة المأذون فكان مخالفا للمأمور بذلك ضمن قوله والمأمور بدم الاحصار~~
~~جواب عن~~ قوله قضاء زكاة المأمور بذبح دم الاحصار وتقريره انا لا نسلم ان المأمور بذبح دم الاحصار
لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا انه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما ان دم الاحصار
ليس بواجب البتة لانه يصير الى ان يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن امر مقتضى وقد حصل
هذا المقصود باداء الآمر بنفسه فوقع فعل المأمور عن المقصود فيضمن **قوله** واذا اذن احد المتفاوضين
صورة المسئلة ظاهرة وتقريرها دليلهما انه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع
عليه صاحبه بنصيبه كما في شرى الطعام والكسوة **قوله** وهذا بيان لقوله انه ادى دينا عليه خاصة
لان الملك واقع له خاصة بدليل حل وطئها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة بمقابلة الملك
~~له خاصة بدليل حل وطئها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة ولابي حنيفة رحمه الله ان الجارية~~
دخلت في الشركة على البتات وادى المشتري ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل في الشركة وادى المشتري ثمنها من
مال الشركة ~~وكل ما دخل في الشركة~~ لا يرجع عليه صاحبه بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله
جريا على مقتضى الشركة اي شركة المفاوضة فان ذلك يقتضي دخول ما ليس بمستثنى كالطعام والكسوة
تحت شرى الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها لا يشرى انهما لو
شرطا التفاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة
كيف كان يحل وطئها اجيب بانه كان يحل وطئها بالهبة اذا وهبه نصيبه بعد الشرى باذن **قوله** غير ان الاذن
يتضمن هبة نصيبه استثناء من قوله فاشبه حال عدم الاذن فانه كان مما يوهم ان يقال كيف يشبه حال عدم
الاذن وهناك لا يحل وطئها وبعد الاذن يحل فازال ذلك بقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان
الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع يعني لا يمكن ان يقال احلال الوطي بناء على انه صيرها لنفسه لما
بينا انه مخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكر آنفا من قوله جريا على مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة
الثابتة في ضمن الاذن فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك فجازت الهبة في التابع
لان الجارية مما لا تقسم بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع المشتري خاصة لان ذلك يقع مستثنى عنها
للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى
دينا عليهما لما بينا انها دخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين احدهما انه من قال اعتق عبدك عني
ولم يذكر المال فتفعل لا يصح هبة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والعتق يقع عن المأمور لانتفاء القبض

الذي

الذي هو شرط الهبة فكيف صارت هبة فيما نحن فيه والثاني ان الملك يثبت في نصيب الشريك بالهبة كما
للاذن بالوطي والملك وطي هذه الجارية لا تقسم فكان المناسب حكما للهبة بالاحلال فالجواب عن الاول ان
ذلك انما لم يصح هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعقد الشرى الكل
وهو وكيل عنه بقبضه لنفسه وعن الثاني ان المصنف اشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز ان
يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت قصدا **قوله** وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء ظاهر والله تعالى اعلم

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي ان المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على الاصل
المال نحو مصدره وقفت الدابة وقوفا ووقفتها انا يتعدى ولا يتعدى ووقفت الدار على المساكين
وقفا واوقفت لغة ردية وعرفه شمس الائمة السرخسي بانه حبس المملوك عن التمليك من الغير
وسببه طلب الزلفى وشرطه كون الواقف حرا عاقلا بالغا وكون المحل غير منقول وركنه ارضي هذه
صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين وحكمه خروج الوقف اي الموقوف عن ملك الواقف وعدم
دخوله في ملك الموقوف عليه وكلامه واضح وما عرفه به ابو حنيفة رحمه الله يقتضي ان لا يصح
وهو راجع الى قوله فلا يكون الوقف اصلا هو الملفوظ في الاصل يعني المبسوط وكنه نقله بالمعنى
لا بعين لفظه فان لفظ المبسوط فاما ابو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ثم قال من اراده انه لا يجعله لازما
فاما اصل الجواز فثابت عنده كالعارية يصرف المنفعة الى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف
فله ان يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم الا بطريقين قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتهدا
فيه واخراجه مخرج الوصية بان يقول اوصيت بغلة داري فحينئذ يلزم وعندهما هو حبس العين
على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود المنفعة الى العباد فيلزم
ولا يباع ولا يورث **قوله** واللفظ اي لفظ الوقف ينتظمهما اي يتناولهما قال ابو حنيفة رضي الله
عنه وهو حبس العين على ملك الواقف وبما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى انتظاما
والترجيح فلا بد من دليل المرجح ثم اشتغل ببيان دليلهما بقوله لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر
رضي الله عنه روى صخر بن جويرية عن نافع ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له ارض تدعى ثمغ وكانت
نخلا نفيسا فقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس فاتصدق به
قال تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق من ثمرته فتصدق به عمر رضي الله عنه في
سبيل الله وفي الرقاب والضعيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه ان
ياكل بالمعروف او يوكل صديقا له غير متمول به فهذه الارض كانت سهم عمر رضي الله عنه بخيبر حين قسم
رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين اصحابه وثمغ لقب لها وهي بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم
والغين المعجمة **قوله** اذ له نظير في الشرع وهو المسجد لما روي بيانه يعني شيئا وان يخرج عن ملك الواقف
ولا يدخل في ملك غيره فان اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق فهو اخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير ان يجعل
ملكا لاحد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في الوقف ولابي حنيفة رحمه الله قوله
صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى اي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته

ولكنهم يحلون هذه الاشياء على ما كان عليه اهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع
ابطل ذلك كله وكذا نقول لما تكرم في موضع النبي ... فيمنا ولكل طريق يكون فيه حبس عن الميراث
الا ما قام عليه دليل وقوله جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس على ان لزوم الوقف كان من شريعة
من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقوله كالسائبة السائبة التي تسيب لنذر وكان الرجل يقول
اذا قدمت من سفري او برئت من مرضي فناقتي سائبة ومعناه ان الوقف بمنزلة تسييب اهل الجاهلية
من حيث ان العين لا تخرج من ان تكون مملوكة منتفعا بها فانه لو سيب دابته لم تخرج عن ملكه فكذلك
اذا وقف ارضه او داره وقوله بخلاف الاعتاق جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير
مشروع لما جاز العتق فانه ازالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك لاحد وقوله وبخلاف
المسجد جواب عن قياسهم الوقف على المسجد وقوله قال في الكتاب يعني مختصر القدوري لا يزول
ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته صورة الحكم ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم
يريد ان يرجع عنه فينازعه بعدم اللزوم فيختصمان الى القاضي فيقضي بلزومه وقوله فالصحيح
انه لا يزول ملكه يعني ان المشايخ اختلفوا على قول ابي حنيفة رحمه الله فقيل يزول الملك بالتعليق
بالموت لانه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على انه قصد الخروج من الملك وقيل لا يزول
وهو الصحيح لان الوقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال اصل الملك ولانه تصدق بالغلة دائما ولا يمكن
التصدق بكونها الا اذا بقي اصل الوقف محبوسا على ملكه الا انه تصدق بمنافعه موبدا فيصير بمنزلة الوصية
بالمنافع موبدا فيلزمه والمراد بالحاكم المولى الذي ولاه الخليفة عمل القضاء واما المحكم فهو الذي يتوافق
اليه الحكم في حادثة بعينه باتفاق الخصمين ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء من خلاصة
الفتاوى ولما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات فالاصح انه ينفذ لكن لا يفتى به وقوله قال الطحاوي
هو بمنزلة الوصية بعد الموت يعني يلزم الوقف حينئذ على مذهب ابي حنيفة رحمه الله بخلاف الوقف
في الصحة فانه لا يلزم عنده قال الطحاوي في مختصره وقد روى محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله ان ذلك لا يجوز منه
في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على اصوله وقال المصنف رحمه الله الصحيح انه لا يلزم عند
ابي حنيفة رحمه الله لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما
يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال وقوله وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه اي
يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا التمليك من غير الله تعالى وان كان لا يثبت التمليك من الله قصدا فيأخذ
التمليك من الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض وقوله فينزل منزلة الزكاة والصدقة
يعني ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة تمليك المال من الله تعالى في
الزكاة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم الى الفقير قال رحمه الله واذا صح الوقف على اختلافهم
اي اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من انه لا يصح عندهما ولا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله على
ما هو الملفوظ في الاصل والاصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني على قول ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملكه جاز له اخراجه عن ملكه كسائر املاكه
ولما انتقل اليه من نقله ممن شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله يجب ان يكون قولهما
على الوجه الذي سبق تقريره اعترض عليه بانه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم
وهذا يستقيم انما يحتاج اليه على قول ابي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف واما على
قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك
لان الخروج يقتضي انه لا يصح شرطه في فضل الغلة كما اذا اعتق عبده بشرط ان يصرف غلته الى كذا او جعل ارضه

مسجد

مسجدا بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان فان التصرف في غير ملكه غير صحيح والجواب عن الاول
ان ما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا فانما هو في اللزوم والصحة لا تستلزم اللزوم
فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما لا قول ابي حنيفة رحمه الله الا اذا حكم
الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف متفقا عليه عند ابي حنيفة لان الوقف عنده معروف
اي قول الكل سلمنا ان الصحة ههنا بمعنى اللزوم لكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن ملك الواقف عند
ابي حنيفة لان الوقف عنده معروف بحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع
عن الخروج لا محالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه
الا ترى ان القربان يصير لاراقة لله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق
به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز ان يكون امر الوقف كذلك بخلاف العبد فانه يخرج بالكلية
لما فيه فلا يعمل فيه تصرف غيره واما المسجد فلان اصل الكعبة والمسجد الحرام وفيه سواء العاكف فيه
والبادي فعلمنا ان الله تعالى لم يبطل التخصيص الى الذي جعله مسجدا وانما الحقه بالمسجد الحرام والكعبة وقوله
لان القسمة من تمام القبض بيانه ان القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم انما هي بالقسمة وقوله
ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رحمه الله والاختلاف بينهما ان القسمة فيما يقسم من تمام القبض
وان الخلاف بينهما في اصل القبض شرط او لا فعند ابي يوسف ليس بشرط فكذا تمامه وعند محمد رحمه
الله شرط فكذا تمامه واما فيما لا يقسم فمحمد الحقه ويعتبره بالهبة والصدقة المنفذة اي الصدقة
الخالصة المسلمة الى الفقير فهو احتراز عن الصدقة الموقوفة وهي ما نحن فيه وقوله الا في المسجد
والمقبرة استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف فانه لا يتم مع الشيوع فيما يحتمل
القسمة بان كان الموضع صغيرا لا يحتمل لما اراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة او كان لكونه
مشاعا ولا يقسمها اما قبلها فلان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله ما سيجيء واما بعدها فلان فرض المسئلة
فيما اذا كان الموضع غير صالح لذلك لصغره فيمكن ان يكون بطريق المهاياة والمهاياة فيهما في غاية القبح
الى آخر ما ذكر في الكتاب وهو ظاهر قال رحمه الله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى
يجعل آخره لجهة لا تنقطع مثل ان يقول على كذا او كذا ثم على فقراء المسلمين حتى اذا ما وجدوا مثلا وقال
ابو يوسف اذا سمى جهة تنقطع مثل ان يقف على ولده او على امهات اولاده جاز وصار بعدها للفقراء
وان لم يسمهم لعل ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك يعني لا الى مالك وكلما كان زوال الملك
لا الى مالك فانه يتأبد وان كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه اي على الوقف مقتضاه ولهذا كان
التوقيت مبطلا له لانه ينافي موجبه كالتوقيت في البيع قيل في كلام المصنف تناقض على قول ابي حنيفة
لانه ذكر في اول كتاب الوقف ان الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجبه عدم زوال الملك
عن الواقف ثم قال ههنا موجبه زوال الملك واجيب بان هذا قول محمد ورواية عن ابي حنيفة والمذكور
في اول الكتاب هو قول ابي حنيفة في رواية اخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل المراد ههنا
ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فحينئذ يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا ادق
واقول هذا ليس شيئا لما تقدم من قول المصنف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره
ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود من الوقف هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه فيما اذا
جعل على جهة تنقطع او اخرى الجهة فكان التأبيد شرطا في الوجهين وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى الملك
ان كان حيا والى الورثة ان كان ميتا ولقائل ان يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن ابي يوسف
لانه قال وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على ان التأبيد شرط والجواب ان المروي عن ابي يوسف

أمر ان أصلهما انه لا يشترط التأبيد أصلا والثاني انه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف رحمه
الله أشار إلى القول الأول بالتعليل وإلى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل إن التأبيد شرط
بالإجماع إلى آخره وفي كلامه تعقيد لا محالة وقوله هذا على الإرسال أي ما ذكره القدوري من قوله ولا
يجوز وقف ما ينقل ويحول على الإطلاق مقصودا بالوقف أو تبعا أو غيره تعاملوا فيه أو لا قول أبي حنيفة
رحمه الله والأكرة جمع أكار وهو الزراع كالفجرة جمع فاجر تقديرا وقوله والبناء في الوقف أي وقف الأرض
عادة وذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول يعني من غير أن يكون
تبعا للشيء كالمتعارف مثل الفأس والقدوم والمر عنده أي عند محمد فلأن يجوز الوقف أي وقف
المنقول تبعا أولى والمراد بالكراع ههنا هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح وقوله لما بينا من قبل يعني ما
مر أن من شرطه التأبيد لا يتحقق في المنقول والمراجل قدور النحاس وقوله الحاقا لها بالمصاحف
يعني أن وقف المصاحف صحيح فكذا الكتب ذكر في فتاوى قاضيخان اختلف المشايخ في وقف الكتب
جوزه الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى وقوله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله احترازا عن الدراهم
والدنانير فإن الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لأجله وهو الثمنية لا يمكن بها مع بقاء أصلها
في ملكه وقوله ويجوز بيعه احتراز عن جلد الآبق والجارية فإنه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده
أيضا ولنا أن الوقف في المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك فلا يجوز وقفه لأن التأبيد
لا بد منه على ما بيناه فصار كالمنقولات كالدراهم والدنانير وقوله بخلاف العقار جواب عن اعتباره
بالعقار وقوله ولا معارض من حيث السمع جواب عن قوله فأشبه الكراع والسلاح ووجهه
أن الأصل أن لا يجوز وقف الكراع والسلاح أيضا كالدراهم إلا أنا تركناه بمعارض راجح من حيث
السمع وقوله ولا من حيث التعامل جواب عما يقال نترك الأصل في الكراع والسلاح بمعارض من حيث السمع
[illegible] وهو ليس بموجود في المر والقدوم وغيرهما فليكن صورة النزاع
مقيسة على ذلك ووجهه أن لها معارضا من حيث التعامل وليس بموجود في صورة النزاع كالعبيد
والإماء والثياب والبسط وأمثالها فبقي على القياس وقوله وهذا استظهار على أن الحاق غير العقار والكراع
والسلاح بهما غير جائز لأن غيرهما ليس في معناهما لم يذكر التعامل اعتمادا على فهم كون
التعامل أقوى من القياس بحيث أن يترك به قال رحمه الله وإذا صح الوقف لم يجز بيعه أي إذا لزم الوقف
لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته
فقوله إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب القسمة استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع أو
متصل لأن معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كأنه بيع استثناء وأما امتناع التمليك فلما بينا
يعني من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصلها لا يباع ولا يوهب ومما ذكر من المعنى بقوله ولأن الحاجة
ماسة إلى آخره وقوله وأما جواز القسمة ظاهر وقوله فهو الذي يقاسم أي الواقف هو الذي يقاسم
شريكه لا القاضي وقوله خالص صفة عقار أي لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له من شركة غيره
فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب أن يكون المقاسم الواقف لئلا يلزم أن يكون الشخص الواحد
مطالِبا ومطالَبا فإن مقاسم النصف الذي هو الوقف مطالب من مالك النصف الذي هو غير
وقف ومالك النصف مطالب وهو الواقف بعينه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالبا ومطالبا
وهو لا يجوز فيرفع أمره إلى القاضي ليقاسمه أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم
يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة إلى
إدخال الدراهم في القسمة أو تراضيا على ذلك فإن إدخال الدراهم في القسمة لا يجوز إلا لضرورة أو بالتراضي

علي

على ما سبق في كتاب القسمة إن شاء الله تعالى فلا يخلو إما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم
أو يعطيها فإن كان الأول لم يجز لأنه حينئذ يشتري شيئا بمقابلة الدراهم ويبيعه وهو جائز
وقوله لأن الخراج بالضمان هذا لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ولإحرازه معانيه جرى
مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه ههنا أن غلة الوقف لما كانت للموقوف
عليهم كانت العمارة أيضا عليهم ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم أي لا يفوز المتولي بهم لعدم
تعينهم وعشيرتهم وأقرب أموالهم إلى المتولي هذه الغلة فيجب منها وقوله ولو كان الوقف على رجل
بعينه ظاهر وقوله ولا يؤخذ من الغلة يعني حتما لأنه قال الحكم في ماله أي ما له أو بناءه وهذه الغلة
أيضا من ماله فلو لم يعمر ذلك تناقض كلامه وقوله ولو كان الوقف على الفقراء يعني لا على رجل
بعينه ظاهر [struck through] فكذلك عند البعض أي لا يصرف غلة الوقف إلى زيادة عمارة
لم تكن في ابتداء الوقف بل يصرف إلى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والأولى هو أن يكون البناء الثاني
مثل الأول لأن الأبد عليه أصحابنا ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله فإن وقف دارا على سكنى ولده
ظاهر وقوله والأول أولى بردية أجرة الحاكم أي عمارتها بأجرتها ثم ردها إلى من له السكنى
والثاني هو ترك العمارة واستفيد ذلك بقوله لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا وقوله في حيز
الرد بأنه أي بأن الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون لنقصان ماله في الحال
ولرجائه إصلاح القاضي وعمارته ثم رده إليه وقوله ولا تصح إجارة من له السكنى إضافة
المصدر إلى فاعله وهذا لأن الإجارة تمليك المنافع بعوض ولا تمليك من غير المالك ومن له
السكنى ليس بمالك وتنوقض بالمستأجر فإن له أن يؤجر الدار لغيره وأجيب بأنه مالك
للمنفعة المعدومة ومن له السكنى أبيحت له المنفعة ولهذا لم يقم العين مقام المنفعة في ابتداء
الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته قال
صاحب النهاية قوله وآلته يحتمل أن يكون مجرورا بالعطف على البناء يعني ما انهدم من آلة الوقف
بأن انكسر خشب الوقف وفسد ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على الموصولة وهو المنقول عن الثقات
لأنه لا يقال انهدمت الآلة والنقض بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير
وقوله ولا يجوز على قياس قول محمد بناء على أن التسليم إلى المتولي شرط عنده ولم يوجد قال الصدر
الشهيد الفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله ترغيبا للناس في الوقف وقوله وقد قيل يجوز بالاتفاق
هو رواية المبسوط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان فهو ظاهر على أصل أبي يوسف فإنه لو
شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه في حال حياته جاز فلأمهات أولاده أولى وإنما الإشكال على قول محمد رحمه
الله فإنه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لأمهات أولاده في حياته بمنزلة اشتراطه لنفسه
ولكن جوزناه استحسانا للعرف ولأنه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لأنهن يعتقن بموته فاشتراطه
لسائر الأجانب فيجوز ذلك في حياته أيضا تبعا لما بعد الوفاة وقد قيل على الخلاف أيضا وهو الصحيح
لأن اشتراطه لهن في حياته أي اشتراط صرف غلة الوقف لأمهات أولاده ومدبريه وذكر الضمير
تغليبا للمدبرين على أمهات الأولاد كاشتراطه لنفسه ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه في ابتداء الوقف
جائز بدون واسطة عند أبي يوسف فكذا يجوز اشتراط صرف الغلة إلى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة
إلى أمهات أولاده ومدبريه ووجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه
بطريق التقرب إلى الله تعالى فاشتراطه الكل أو البعض لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة
المنفذة فإنه لا يجوز أن يسلم قدرا من ماله للفقراء على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له وشرط بعض

بتسمية المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر عطف على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه ان يجعل بعض المسجد لنفسه
كان ما يأخذ من الجوار في الكل فكذا اذا جعل بعض الغلة لنفسه **وقوله** ولابي يوسف ما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته ذكر الحديث شيخ الاسلام في مبسوطه والمراد منه الصدقة
الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته **وقوله** على ما بيناه اشارة الى ما ذكره عند
قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا وقوله لهما ان موجب
الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله التصدق زوال الملك والجهة وله ولابي يوسف ان المقصود
هو القرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة ولو شرط الواقف
ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك جاز عند ابي يوسف كما هو مذهبه في التوسع في الوقف
وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زوال الملك والوقف يتم بذلك ولا
ينعدم به معنى التأبيد في اصل الوقف فيتم بشروطه ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا في
نفسه كالمسجد اذا شرط بيعه لله او شرط ان يصلى فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد
صحيح فهذا مثله ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة ايام كان الوقف والشرط جائزين معلومة
حتى لو كانت مجهولة لا يجوز على قول ابي يوسف ايضا **وقوله** وهذا الخلاف بناء على ما ذكرنا اشارة
الى ان جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند ابي يوسف فانه لما جاز ان يستثني الواقف الغلة لنفسه
ما دام حيا فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة ايام لتروي النظر فيه وعند محمد رحمه الله لا يجوز
ذلك لم يجز اشتراط الخيار لنفسه ايضا وهكذا صرح في المبسوط ثم لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد
رحمه الله لا يبطل الوقف جائزا بابطال الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يحتمل التوقيت وشرط الخيار
يمنع التأبيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد فكان المفسد مقترنا **وقوله** ولما فصل الولاية
فقد نص فيه اي في نص العقد في فصل الولاية بالجواز على قول ابي يوسف بقوله واذا جعل
الواقف الى قوله جاز عند ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب ذكره هلال في وقفه
وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية وهذا ظاهره لا
يستقيم على قول ابي يوسف لان له الولاية شرط او سكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولي شرط
صحة الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم الى المتولي فيحتمل اوله
بعض مشايخنا رحمهم الله وقالوا الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى المتولي ومعناه
اذا سلمه الى المتولي وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كانت له الولاية بعدما سلمه الى المتولي والدليل
على ذلك ما ذكره محمد في السير اذا وقف ضيعة واخرجها الى القيم لا يكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط
الولاية لنفسه واما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضيخان وهذه المسألة
بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولي شرط لصحة الوقف فلا يبقى له ولاية بعد التسليم الا ان يشترط الولاية
لنفسه واما على قول ابي يوسف فالتسليم الى المتولي ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية
لنفسه **وقوله** ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته استدلال لابي يوسف وعن غيره بقوله
ولنا اشارة الى انه المختار وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل

لما فرغ من بيان احكام المسجد عما قبله بفصل على حدة لمخالفته احكامه لما قبله
في عدم اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ومنع الشيوع عند ابي
يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وان لم يحكم به الحاكم فرق ابو حنيفة بين الوقف والمسجد فانه

الوقف اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا الى ما بعد الموت كان له ان يرجع فيه واما المسجد فليس له
ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث منه لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا وقف فكانه
قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لان التصدق بالغلة المعدومة
لا يصح ما لم يوص به لان التصدق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا اوصى به او اضافه الى ما بعد الموت كان
لازما بعد موته واما اذا قال جعلت ارضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فاذا ازاله الى الله تعالى
لا يكون له ان يرجع كما لو ازاله بالاعتاق وكلامه واضح **وقوله** وعن محمد رحمه الله انه يشترط الصلاة بالجماعة
وهو رواية عن ابي حنيفة ايضا ويشترط مع ذلك ان تكون الصلاة جهرية باذان واقامة حتى لو صلى جماعة
بغير اذان واقامة سرا لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فاذا اذن رجل واحد واقام
وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان اداء الصلاة على هذا الوصف كالجماعة **وقوله** وقد بيناه من قبل اي
الحكم قال العيني قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بقوله لهما ان موجب الوقف زوال
الملك بدون التمليك وانه يتم بالقبض كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سردابه وهو بيت يتخذ تحت
الارض للتبريد **وقوله** فله ان يبيعه اي لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية لان المسجد انما يكون خالصا
لله تعالى قال تعالى وان المساجد لله اضاف المساجد الى ذاته مع ان جميع الاماكن له فاقتضى ذلك الخلوص
المساجد لله ومع بقاء حق العباد في اسفله او في اعلاه لا يتحقق الخلوص **وقوله** وعن ابي يوسف انه
جوز في الوجهين يعني فيما اذا كان تحته سرداب او فوقه بيت وعن محمد رحمه الله انه اجاز ذلك كله
اي ما تحته سرداب وفوقه بيت اوسفلا وكذا بني وانما ذكر محمد رحمه الله بهذا الطريق وهو لم ينقل عن
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله التصحيح ان هذين القولين منهما في الحكم سواء لشبهة له ما ذكر لكل واحد
منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد رحمه الله
وقوله لما قلنا يعني من الضرورة **قال** وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وبسط بالسكون لانه اسم مبهم
لداخل صحن الدار لانه معين بين طرفي الصحن وكلامه واضح **وقوله** ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله
حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا **وقوله** ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه على بناء
المفعول يبقى مسجدا عند ابي يوسف رحمه الله الى ان قال وعند محمد يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي
الحقيقة هذه المسألة مبنية على ما بينا فان ابا يوسف رحمه الله لا يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه
ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء فان ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من ان يكون مسجدا وحكي ان محمدا رحمه
الله مر بمزبلة فقال هذا مسجد ابي يوسف يريد به انه لما لم يقل بعوده الى ملك الباني يصير مزبلة عند تطاول
المدة ومر ابو يوسف رحمه الله باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني لما قال بعوده ملكا فربما يجعله المالك
اصطبلا بعد ذكره ان كان مسجدا فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما اشار اليه استدل ابو يوسف بانه
سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة فانه في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة
الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من ان يكون موضعا للطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك في سائر
المساجد ومحمد رحمه الله يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروفا الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه
او ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصيره اذا استغني عنه الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول في
الحصير والحشيش ينقل الى مسجد آخر **وقوله** ومن بنى سقاية او خانا ظاهر **وقوله** بخلاف المسجد يعني
ان حكم الحاكم والاضافة الى ما بعد الموت ليسا بشرط في المسجد **وقوله** وذلك بما ذكرناه اي التسليم يحصل
باستقاء الناس والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة في هذه الوجوه اي في السقاية والخان
والرباط والمقبرة **وقوله** يكتفى بالواحد ظاهر **وقوله** سكنى الحاج بيت الله تعالى الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج

كالقائم بمعنى السهار في قوله تعالى تهجرون والثغر موضع المخافة من فروج البلدان ويقال رابط الجيش
اذا اقام في الثغر بازاء العدو مرابطة ورباطا والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المآب

كتاب البيوع

لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها فذكر
البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك والبيع في اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه في الشرع فقيل هو
مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشيء اذا
اشتراه ويقال باعه الشيء وباعه منه وانما جمعه لانواع الآتي ذكرها وجوازه ثابت بالكتاب
بقوله تعالى واحل الله البيع وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير
احد وجوه السنة وبالاجماع فانه لم ينكره احد من المسلمين ومن بعدهم وبالمعقول وهو سبب شرعيته
فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الايجاب والقبول
او ما دل على ذلك وشرطه من جهة العاقدين العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما
مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشتري
في المبيع قبل القبض بالبيع فانه ممتنع مع كونه ملكا له لان ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقا لنهي النبي صلى
الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء
وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن وانواعه باعتبار
المبيع اربعة بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين
ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق
والمرابحة والتولية والوضيعة وسيأتي تفسيرها قال رحمه الله البيع ينعقد بالايجاب والقبول الانعقاد
ها هنا تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل والايجاب الاثبات ويسمى ما تقدم
من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا وحينئذ لا اختلاف في وجه
تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتأخر قبولا وشرط ان يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل ان
يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع والشرع
به اما ان البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وخصوصا ذي نحو في البيع لا محالة واما كونه شرعيا فلان الكلام
في البيع شرعا واما ان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية لا يكون الا منه والشرع
قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به هذا تقرير الشيخ ولا بد من ضم شيء الى ذلك وهو ان
يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لا يتم الدليل فهو ظاهر قال ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل
وانما لا ينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده
فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لا بيعا وان كان
من جانب المشتري كان مساومة قيل هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا لا يدرى نية الايجاب
في الحال واما اذا كان يراد ذلك فينعقد البيع واستدل بما ذكره في تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي ونحن قيل
في تعليله لان صيغة الاستقبال يحتمل الحال فيصحب النية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال ووقوعه

للاستقبال

للاستقبال ضرب تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل فهو اما ان يكون بالسين او سوف وهو لا يحتمل
الحال ولا وضع له فان اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا اختلاف في عدم انعقاد البيع به وفي الحال غير
صحيحة لعدم نصا دفعا الحكايات اذا لم يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز ان يقال انه ينعقد
بالجواز وان كان بالنية لانهما انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الاصلية والفعل المضارع
عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا يتعلق بما مر من الاثر والمعقول لان قيل
علمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان المعهود
ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لان الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع
للمعقول دون الاثر فان قيل فما وجه ما ذكره في شرح الطحاوي فالجواب ان نية الحقيقة في الحال في غير البيع
والحقيقة الشرعية فيها هو لفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية قوله بخلاف النكاح يعني
انه ينعقد بذلك فان احدهما اذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك انعقد وقد مر الفرق هناك وهو ما قال
ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح وقوله رضيت واعطيتك هذا بيان ان انعقاد البيع
لا يختص بلفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت
او اعطيت اي الثمن او قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي المبيع بذلك الثمن انعقد
لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال فعلت يعني بعت بذلك صح لانه
امر بالاخذ فهو لا يكون الا بالبيع اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد
البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيده بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا
ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يتبينا جميع ما يقتضيه ولهذا اي لكون المعنى هو المعتبر في هذه
العقود ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق المقصود وهو التراضي وقوله هو الصحيح احتراز
عما قال الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وامثاله ثم رأه محمد رحمه الله اشار في الجامع الصغير
الى ان تسليم المبيع يكفي في تحققه قال واذا اوجب احدهما اذا قال البائع مثلا بعت هذا بكذا فالآخر بالخيار
ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا في الرد
والقبول لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي ثم ان رضيا وتبايعا لم يكن بيعا هكذا يختلف واذا كان
ايجاب احدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب ان يرجع عنه لخلوه عن ابطال
حق الغير فان قيل سلمنا ان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك
فان حق التملك ثبت للمشتري بايجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال الحق
الغير اجيب بان الايجاب اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك
للمشتري ان سلم ثبوته بايجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض
بما اذا دفع الزكاة الى الساعي قبل الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع
لان حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لا اشتباه ما هو اقوى منه وقوله وايهما قام عن المجلس
يجوز ان يكون نحوا باعتبار وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم يبطل الايجاب
عقيب خلوه عن القبول او يتوقف عليهما وراء المجلس وتقرير الجواب انه في ابطاله قبل انقضاء المجلس
عسرا بالمشتري وفي ابقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا والمجلس جامع
للمتفرقات كما تقدم في اول الكتاب فجعل ساعاته ساعة واحدة دفعا للضرر وتحقيقا لليسر فان قيل
فلم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك فالجواب انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك
مانعا عن الرجوع في المجلس ويتوقف الايجاب فيهما على ما وراء المجلس والكتاب كالخطاب اذا كتب اما بعد

ولو

فقد بعته عبدي فلانًا بألف درهم أو قال الرسول بعت هذا من فلان الغائب بألف فاذهب فأخبره بذلك
فوصل الكتاب إلى المكتوب إليه وأخبر الرسول المرسل إليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة وتارة
بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغًا وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه إليه
قال وليس له أن يقبل في بعض المبيع يعني إذا أوجب البائع البيع في شيئين فصاعدًا وأراد المشتري
قبول العقد في أحدهما إلخ فإن كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة
عليه لأن العادة فيما بين الناس أن يضموا الجيد إلى الرديء في البياعات ويبيعوا بثمن الجيد
لترويج الرديء به فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الرديء
فيزول الجيد عن البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع لا محالة وهذا التعليل في الصورة الموضوعة
صحيح وأما إذا وضعت المسألة فيما إذا باع عبدًا بألف مثلًا وقبل البائع في نصفه فليس بصحيح
والصحيح فيه أن يقال يتضرر البائع بسبب الشركة فإن قيل فإن رضي البائع في المجلس هل يصح أو لا
أجيب بأن القدوري قال إنه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئنافًا للإيجاب
لا قبولًا ورضى البائع قبولًا قال وإنما يصح مثل هذا إذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة
معلومة من الثمن كما في صورة المذكورة في العشرين بأن باعهما بعشرة لأن الثمن ينقسم عليهما باعتبار
الأجزاء فيكون حصة كل بعض معلومة فأما إذا أضاف العقد إلى عبدين أو ثوبين لم يصح العقد
بقبول أحدهما وإن رضي البائع لأنه يلزم البيع بالحصة ابتداء وإنه لا يجوز كما سيأتي وإن كان الصفقة
متفرقة فله ذلك لانتفاء الضرر عن البائع وإليه أشار بقوله إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنهما صفقتان
معنى والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج إلى المبيع
وثمن وبائع ومشتر وبيع وشراء واتحاد بعض هذه الأشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة
وتفرقها فإذا اتحد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كأن قال بعتهما بمائة فقال
قبلت ~~[illegible]~~
أحدهما بستين والآخر بأربعين وذلك يكون صفقة واحدة أيضًا كما ذكر في الكتاب واتحاد الجميع
سوى البائع كأن قال لاثنين بعت منكما هذا بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى
المشتري كأن قال بعته منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق
المبيع والثمن إذا كان بتكرير لفظ البيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسًا واستحسانًا
وأما تعدد البائع مع تعدد المبيع والثمن بلا تكرير لفظ البيع وكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع
والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسًا لا استحسانًا وقيل لا يوجب التفرق على قول أبي
حنيفة ويوجبه على قول صاحبيه قال رحمه الله وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب هذا متصل
بقوله إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده وهو إشارة إلى أن رد الإيجاب تارة يكون صريحًا وأخرى دلالة
فإن القيام دليل الإعراض والرجوع وقد ذكرنا أن للموجب الرجوع صريحًا والدلالة تعمل عمل الصريح فإن
قيل الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضه وهاهنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح
على الدلالة أجيب بأن الصريح إنما وجد بعد عمل الدلالة عملها فلا يعارضها وإذا حصل الإيجاب والقبول
تم البيع ولزم وليس لواحد من العاقدين الخيار إلا من عيب وعدم رؤية خلافًا للشافعي رحمه الله فإنه أثبت
لكل منهما خيار المجلس ومعناه أن لكل ~~[illegible]~~ من العاقدين بعدما
انعقد البيع رد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالأبدان واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم
المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الأبدان ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر

وهو

وهو لا يجوز والجواب عن الحديث أنه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه إشارة إلى ذلك لأن
الأحوال ثلاث قبل قبولهما وبعد قبولهما وبعد كلام الموجب قبل قبول المجيب وإطلاق المتبايعين
في الأولين مجاز باعتبار ما يؤول إليه أو ما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مرادًا ويحتمل
أن يكون مرادًا فيحمل عليه والفرق بينهما أن أحدهما مراد والآخر محتمل للإرادة لا يقال العقود الشرعية
في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلاميهما لأن الباقي بعد كلاميهما حكم كلاميهما شرعًا لا حقيقة
كلاميهما والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن إبراهيم النخعي رحمه الله وقوله والتفرق
تفرق الأقوال جواب عما يقال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل أن يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم
قيام العرض بالعرض وهو محال بإجماع أهل السنة فيكون إسناد التفرق إليها مجازًا فما وجه ترجيح مجازكم
وأجيب بأن إسناد التفريق والتفرق إلى غير الأعيان سائغ شائع فصار بسبب شيوع استعماله فيه
بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الآية وقال لا نفرق بين أحد من رسله
والمراد التفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أيضًا
في الاعتقاد وفيه نظر لأن المجاز باعتبار ما يؤول إليه أو ما كان عليه أيضًا كذلك على أن ذلك يتمشى على
مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فإن الحقيقة المستعملة
أولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الأولى أن يقال حمله على التفرق بالأبدان يرد إلى الجهالة إذ ليس
له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من أشباه بيع المنابذة والملامسة وهو منقطع بشهادة
وهذا معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف أو نقول التفرق يطلق على الأعيان والمعاني
بطريق الاشتراك اللفظي وترجح جهة التفرق بالأقوال بما ذكرنا من أن حمله على التفرق بالأبدان يؤدي إلى الجهالة وهذا
التأويل أعني حمل التفرق على الأقوال المنقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال والأعواض المشار إليها لا
يحتاج إلى معرفة مقدارها الأعواض المشار إليها ثمنًا كانت أو مثمنًا لا يحتاج إلى معرفة مقدارها
في جواز البيع لأن بالإشارة كفاية في التعريف المنافي للجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة من
التسليم والتسلم اللذين أوجبهما عقد البيع فإن جهالة الوصف لا تفضي إلى المنازعة لوجود ما هو
أقوى منه في التعريف وكون التقابض ناجزًا في البيع بخلاف السلم على ما سيأتي وهذا إنما يستقيم إذا
لم تكن الأعواض ربوية أما إذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا وإنما لم يقيده في الكتاب
لأن ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيانه قال رحمه الله والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون
معروفة القدر والصفة الأثمان المطلقة عن الإشارة لا يصح بها العقد إلا أن يكون معلومة القدر
كعشرة ونحوها والصفة ككونه بخاريًا أو سمرقنديًا لأن التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب
بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع
قال ويجوز البيع بثمن حال قال الكرخي رحمه الله المبيع ما يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب
فإن الدراهم تتعين عندنا إذا صحبها البيع وهو ثمن بالاتفاق وقال أبو الفضل الكرماني في الإيضاح الثمن
ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فإنه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما
يحله العقد من الأعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر فإنه إنما يحله العقد باعتبار [illegible]
المنفعة على أحد طريقي أصحابنا في الإجارة والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما إلى المحض والمتردد فالمبيع المحض
هو الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال إلا الثياب الموصوفة الواقعة في الذمة إلى أجل بحيث [illegible]
أثمانًا وليس اشتراط الأجل لكونه ثمنًا بل ليصير ملحقًا بالسلم في كونها دينًا في الذمة إلى أجل والثمن المحض هو ما خلق
~~كأنها أثمانًا وليس اشتراط الأجل لكونه ثمنًا بل ليصير ملحقًا بالسلم في كونه دينًا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق~~

للثمنية كالدراهم والدنانير والمترددة بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فإن قابلها النقدان فهي
مبيعة وإن قابلها عين وهي معينة فهي مبيعة وثمن لأن البيع لا بد له منهما وليس أحدهما أولى بأن يجعل
مبيعا من الآخر فجعل كل واحد مبيعا وثمنا وإن كانت أعني المكيلات والموزونات غير معينة فإن
دخلت فيها الباء مثل أن تقول اشتريت هذا العبد بكر حنطة قد وصفها كانت ثمنا وإن دخلت في
غيرها كما تقول اشتريت الكر من هذا العبد كانت مبيعا ولا يجوز إلا سلما بشروطه هذا ملخص كلامهم في
هذا الموضع وأقول الأعيان ثلاثة نقود أعني الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد
وغير ذلك ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين
يشتمل على البيع المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء
وعدمه قال ويجوز البيع بالثمن الحال والمؤجل جائز لإطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع ولما روي
أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما إلى أجل ورهنه درعه لكن لا بد وأن يكون الأجل
معلوما لئلا يفضي إلى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فهو يطالب البائع في مدة قريبة
والمشتري يؤخره إلى بعيدها قال ومن أطلق الثمن كان على غالب نقد البلد ومن أطلق الثمن عن ذكر
الصفة دون القدر كما إذا قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا أو سمرقنديا وقع العقد على غالب
نقد البلد وإن كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا إلا أن يبين
أحدها واعلم أني أذكر لك في هذا الموضع الأقسام العقلية المتصورة في هذه المسألة أولا ثم
أنزلها على متن الكتاب بحلاله فإني ما وجدت من الشارحين رحمهم الله من تصدى لذلك على
ما ينبغي فأقول إذا كان في البلد نقود مختلفة فإما أن يكون الاختلاف في المالية والرواج أو في
المالية دون الرواج أو في الرواج دون المالية أو لا يكون في شيء منهما بل في نحو الاسم كالمصري والدمشقي
مثلا فإن كان الأول جاز البيع وانصرف إلى الأروج وإن كان الثاني لا يجوز لأن الجهالة توقعهما في
المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وإن كان الثالث يجوز وينصرف إلى الأروج تحريا للجواز وإن
كان الرابع فكذلك لأن الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وإذا عرف هذا
فقوله فإن كانت نقود مختلفة يعني في المالية كالذهب المصري فإنه أفضل في المالية من المغربي وإذا خرج من
استوائهما في الرواج فالبيع فاسد لأن الجهالة تفضي إلى النزاع إشارة إلى القسم الثاني إلا أن يرتفع الجهالة
ببيان أحدهما تحقيقا للجواز وقوله أو يكون أحدهما أغلب أروج فحينئذ يصرف البيع إليه تحريا للجواز
إشارة إلى القسم الأول وإلى القسم الثالث لأن كون أحدهما أروج أعم من أن يكون مع اختلاف في المالية أو مع
استواء والبيع جائز فيهما وقوله وهذا أي فساد البيع إذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء في
الرواج إشارة إلى القسم الثاني في إعادته لتمثيله بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثي
وهو ما يكون الثلاثة منه دانقا والنصرتي اليوم بسمرقند فإنه بمنزلة الناصري ببخارى والاختلاف
بين العدالي بفرغانة وقوله لما بين الدراهم يشترون الدرهم عدليا وكل منها مختلف في المالية مع التساوي
في الرواج وقوله فإن كانت سواء فيهما أي في المالية يعني مع الاستواء في الرواج إشارة إلى القسم الرابع وجزاء
الشرط قوله جاز البيع إذا أطلق اسم الدراهم كذا قالوا أي المتأخرون من المشايخ وينصرف إلى
الدراهم إلى ما قدر به من المقدار كعشرة ونحوها من أي نوع كان من غير تعيين نوع معين لأنه لا منازعة
لاستوائهما في الرواج ولا اختلاف في المالية فظهر من هذا التقسيم كلام الشيخ فإنه فصل بين قوله إذا
كانت مختلفة في المالية ومثاله وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي إلى قوله جاز ولا يستقيم أن يجعل
قوله كالثنائي الآخر متعلقا بقوله فإن كانت سواء لأن ما كان اثنان منه دانقا وما كان ثلاثة منه دانقا

وما كان ثلثة منه دانقا

لا يكون

قال لا يكون في المالية سواء لكن يمكن أن يكونا في الرواج سواء هذا ما سنح لي في هذا الموضع
ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لأنه يتعلق بهما عرفا وشرعا في
الوكالة وبالحبوب غيرها كالعدس والحمص وأمثالهما كل ذلك إذا بيع مكايلة جاز العقد سواء
كان البيع بجنسه أو بخلافه وإذا بيع مجازفة فإن كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وإن كان
مما يدخل تحته لا يجوز إلا بخلاف جنسه لقوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلف النوعان فبيعوا
كيف شئتم لا يقال لا دلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لأنه مفهوم الشرط وهو
ليس بحجة لأن الدليل على ذلك صدر الحديث ولأن الجهالة مانعة إذا منعت التسليم وهذه الجهالة
غير مانعة فصار كما إذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم حالا فيما إذا باع بجنسه مجازفة
لما فيه من احتمال الربوا قال ويجوز بإناء بعينه إذا باع الطعام والحبوب بإناء بعينه أو بوزن حجر بعينه لا
تعرف مقدارهما جاز لأن الجهالة المانعة ما تفضي إلى المنازعة وهذه ليست كذلك لأن التسليم في البيع يعجل
فيندر هلاك كل منهما من الإناء والحجر قبل التسليم قيل يشكل على هذا ما إذا باع أحد العبيد الأربعة على
أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء وما إذا باع بقيمته على أن المشتري بأي ثمن شاء لأن الجهالة لم
تفض إلى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لأنا قلنا إن الجهالة المفضية إلى النزاع مفسد للعقد
عند الانتفاء ولم نقل إن كل ما هو باطل لا بد وأن يكون للجهالة فيجوز أن يكون البيع باطلا لمعنى آخر وهو
عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الأولى وعدم الثمن في الثانية وروي عن أبي يوسف أن الجواز
فيما إذا كان المكيال لا ينكبس كالقصعة ونحوها أما إذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فإنه
لا يجوز بخلاف السلم فإنه لا يجوز بإناء مجهول القدر وإن كان معينا وكذا الحجر لأن التسليم فيه متأخر
والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد أن البيع
أيضا لا يجوز كالسلم لأن البيع في المكيلات والموزونات إما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر ففي
المجازفة المعقود عليه هو ما يشار إليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه ما سمي من القدر فلم
يوجد شيء منهما لأن الغرض عدم المجازفة والمكيال إذا لم يكن معلوما لم يسم شيء من القدر والأول أصح يعني من
حيث الدليل فإن المعيار المعين لم يتباعد عن المجازفة والظاهر يعني الرواية قال ومن باع صبرة طعام
إذا قال البائع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فإما أن يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان
أو بالكيل في المجلس أو لا فإن كان الأول فالبيع جائز في المبيع جملة ما فيها من القفزان كما لو علم وإن كان الثاني عند أبي
حنيفة انصرف اللفظ إلى الأقل متعذر لجهالة والثمن جهالة تفضي إلى المنازعة لأن البائع يطلب تسليم
الثمن أولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع وإذا تعذر الصرف إلى الكل يصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أنه
تزول الجهالة في المجلس بأحد الأمرين المذكورين فيجوز لأن ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما لو
كان مثل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما إذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول أو بشرط الخيار أربعة
أيام أجيب بأن الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب ويتمكن بالمجلس وما ذكرتم فالفساد
فيه ليس في صلب العقد بل لأمر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه بظهور أثره في اليوم الرابع وبامتداد الأجل
ولهما أن هذه جهالة إزالتها في أيديهما وما كان كذلك فهو غير مانع أما أن إزالتها بأيديهما فلأنها
ترتفع بكل منهما وقيد بقوله بأيديهما احترازا عن البيع بالرقم فإنه لا يجوز لأن إزالتها إما بيد البائع إن كان
هو الراقم أو بيد الغير إن كان الراقم غيره وعلى كل حال المشتري لا يقدر على إزالته وأما أن كل ما هو كذلك
فهو غير مانع فكما إذا باع عبدا من عبدين على أن المشتري بالخيار وأجيب لأبي حنيفة رضي الله عنه
أن القياس فيه الفساد أيضا إلا أنا جوزناه استحسانا بالنص ومعناه أنه في معنى ما ورد به النص

وإن كان الثاني فالبيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة وجملة القفزان ع

على ما سيأتي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان بالنص لا يتعدى الحكم فلهذا لم يجوز ابو
حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة كان للمشتري
الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق وان كان في حقه ايضا لكنه جاء من قبله
بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به وهذا صحيح اذا علم ولم يسم واما اذا
لم يعلم بها فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يره لما يأتي فلا خيار له وفيه بحث اما اولا فلان
تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالف
ثم اشترى احدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا
خيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم يوجب الخيار واما ثانيا فلان قياس قول ابي حنيفة رضي الله
عنه ان لا يخير المشتري للزوم انصراف البيع منصرف النهي والحاصل ان الخيار موجب التفريق
والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك ههنا
على قول ابي حنيفة والجواب عن الاول انا لا نسلم تفريق الصفقة لان الشراء لم يقع على الكل حتى
يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريكه لا غير لانه لو وقع على نصيبه يلزم
شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كمن اشترى قنا ومدبرا فان البيع ينصرف
الى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز
واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على
قولهما والعلم يلزم على قول ابي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع لا ينفي التفريق والاولى ان
يقال قياس قول ابي حنيفة تفريقا للصفقة لان الصفقة موضوعة للكل وقصدهما ايضا الكل
ومانعه مانع شرعي عن التصرف الى الجميع لو علم المتعاقدان في المجلس وصرف الى الاقل اعتبارا لتعدد الكل للجهالة
صرف للعقد الى بعض ما دل عليه من المبيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي ان
يقال فكان الواجب ان يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه
وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جميع قفزانها يتخير المشتري الخيار لكن لا بد لذلك التعليل بل كما قال لان
ذلك الان فربما كان في حدسه او ظنه ان الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت والزيادة من
الثمن ما يقابله وليس يمكن اخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع او نقصت فيحتاج
ان يشتري من مكان اخر وطريقوا فيقول ولا انصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في
الموزونات والمعدودات المتقاربة واما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند ابي حنيفة في
الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت بين الشياه موجود وفي
ذلك جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذارعة حكم الغنم اذا لم
يبين جملة الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما او احدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة
اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او قال بعتك
هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم صح اما الاولى فظاهرة واما الثانية فلان المعقود عليه
معلوم وجملة الثمن صارت معلومة بتسمية ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه لما سمى لكل ذراع درهما
وبين الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاواني فاما عندهما
فهو جائز في الكل لما قلنا قال ومن ابتاع صبرة اذا اشترى صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة
درهم فلا يخلو عند الكيل عن ان يكون مثل ذلك او اقل منه او اكثر فان كان الاول فذاك وان كان الثاني
خير المشتري بين اخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء

الرضى وان كان الثالث فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار
معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر اي القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع
لا يتناوله فكان للبائع لا يحتمل تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقدين
مخيرا فيها ان شاءا باعاها او تركاها واذا كان المشتري مذروعا كان اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع
بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بجميع الثمن
المسمى وان شاء تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من
الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن اما انه وصف فقد بينه بقوله الا ترى انه عبارة
عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله
كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينتقص من الثمن شيء
فلهذا اي فلكون الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل
الاول يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن ولهذا يأخذه بحصته قوله الا
انه يتخير استثناء من قوله يأخذه بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذرع الذي سماه كان الزائد للمشتري
ولا خيار للبائع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء فصار كما اذا باع عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير
واعلم ان هذه المسئلة من المشكل مسائل الفقه وقد منع ان يكون الذرع في المذروعات وصفا
وعضده لا بقوله الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانهم يجوزون ان يقال الشيء طويل
او عريض كما يقال للشيء هو قليل او كثير ثم عشرة اقفزة اكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع
الزائد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الوصف واختلف عباراتهم
في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتبعيض فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة
والنقصان فيه اصل وقال بعضهم ما لوجوده تاثير في تقوم غيره ولعدمه تاثير في نقصان غيره
فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل وقيل ما لا ينتقص الباقي بفواته فهو اصل وما لا يكون كذلك
فهو وصف وهو قريب من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب وعشرة
اقفزة اذا انتقص منها قفيز فالتسعة يشترى بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما
اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة اقفزة واما الذراع الواحد من
الثوب او الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشترى بالثمن الذي كان يشترى معه فان الثوب
العتابي مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي
قيمة العشرة ايضا واذا عرف هذا عرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن اصل ومن
حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا ان
الذرع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده يرجع
المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبدا واعتقه او مات ثم اطلع على عيب فان اصبع يرجع على
بايعه بالنقصان وكذا الاصابع وصف فيه ايضا اجيب بان كلامنا
في الوصف الذي لم يكن مقصودا بالتناول لغة فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع
يد العبد المبيع قبل التسليم او حكما كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او
لحق الشرع بان كان ثوبا فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ قسطا بالاصل فاخذ قسطا من الثمن
ولو قال بعتكها يعني الثياب او المذروعات كما في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثوبا لم
يكن هذه المسئلة والاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع

بدرهم فان وجدت ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن او ترك لان الوصف وان كان
تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا معنى قولهم ان الوصف
يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول فعلى هذا اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو
اخذ بجميع الثمن لم يكن المشتري آخذا كل ذراع بدرهم وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع
بدرهم لانه كل شيء على ما ياتي للشرط كما عرف في موضعه وتعرض المشكلة الاولى بان الذرع
لو امكن ان يكون اصلا بذكر الثمن كان اصلا في المشكلة الاولى ايضا لانه ذكر عشرة دراهم
في مقابلة عشرة اذرع ومقابلة الجملة بالجملة يقتضي انقسام الآحاد على الآحاد واجيب بان
الذرع اصل من وجه من حيث انه متاخر العين التي هي متبعة كالقفيز ووصف من وجه
من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجالد للكتابة ثم لو جعلنا عشرة اذرع منقسما على
الافراد عند ترك ذكر كل ذراع لزم المناقضة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند
ترك ذكره بالاصالة عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله
شيء من الثمن معلق للوصفية فلا يكون علة لها والاولى ان يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر
كان كون كل ذراع مبيعا ضمنيا ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير اصلا اذا كان المقصود
بالتناول وان وجدت زائدة اخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم او فسخ اما الخيار فلانه
ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار
الرؤية في دفع الضرر فيتخير واما لزوم الزيادة فلما بينا انه صار اصلا مشروطا والخلف بالاقل
لم يكن اخلالا بالمشروط وفيه بحث من وجهين اما الاول فلانه ان كان كل ذراع بمنزلة ثوب
على حدة فسد البيع اذا وجدها اكثر او اقل كما لو كان العقد على عشرة اثواب وقد وجدت احد
عشر او تسعة على ما ياتي واما الثاني فهو ان الذرع لو كان اصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول
الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر فان الزيادة لا تدخل
الا بصفقة على حدة وقد تقدم وعنهما دخلت في تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الاثواب
مختلفة فتكون العشرة المبيعة المجهولة جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد
ليست كذلك وعن الثاني بان الذراع الزائد لو لم يدخل كان بائعا بعض الثوب وفسد البيع
فحكمنا بالدخول تحريا للجواز والقفيز الزائد ليس كذلك قال ومن اشترى عشرة اذرع من مائة
ذراع وشرى عشرة اسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق لان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الكل
كعشرة اسهم من مائة سهم في كونها عشرا فتخصيص الجواز باحدهما تحكم ولابي حنيفة ان الذرع التي يذرع
بها فارادتها هنا متعذرة فيصح المجاز الملابسة بطريق ذكر الحال وارادة المحل وما يحله لا يكون الا معينا
مشخصا الا انه فعل حسي يقتضي محلا حسيا والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعا فلا يستعمل
فيه الذراع لعدم مجوز المجاز وذلك اي العشرة اذرع غير معلوم ههنا اذ لم يعلم ان العشرة من
اي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف السهم فانه امر عقلي لا يفضي الى
المنازعة فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبهما
منها وليس لصاحب الكثير ان يمنع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيبه منها اي موضع كان
ولا فرق بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار التي هي مائة ذراع وبين ما لم
يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من غير ذكر جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة
عن الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان واذا عرفت هذا

فانه يجوز وجعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه
يجوز عنده قال ومن اشترى عدلا على انه عشرة اثواب العدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في
مقداره ومنه عدل الجمال اذا اشترى عدلا على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم فكان تسعة او احد عشر
فسد البيع اما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة
فكان المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة واما اذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة
المشتري وهي مجهولة لانه لا يدرى انه كان جيدا او وسطا او رديا وحينئذ لا يدرى قيمته
ليقابله حتى يسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن ولا شك في فساده واذا بين
لكل ثوب ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار
ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة
لجهالة العشرة المبيعة ومن مشايخنا من قال ان البيع فاسد عند ابي حنيفة رضي الله عنه في
فصل النقصان ايضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم
شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه
لا يجوز البيع عنده في العبد خلافا لهما كما تقدم واستدل على ذلك بما ذكر محمد في الجامع رجل
اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما هروي والآخر مروي فالبيع فاسد في
الهروي والمروي جميعا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في الهروي بحصته والاصح انه يجوز لان الثياب
في مسئلة الجامع الصفة لا اصل الثوب فاذا كان فوات الصفة في احد البدلين مفسدا للعقد
على مذهبه ففوات احدهما من الاصل اولى ان يفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الناقص
معلوم قطعا فلا يضر الباقي وفرق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول في المروي
شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد لان المروي غير مذكور في العقد فيشترط قبوله مما لا يقتضيه
العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد ههنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد
العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في
العدد وهروي بفتح الراء ومروي بسكونها منسوب الى هراة ومرو قريتان بخراسان قال ولو اشترى
ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فزاد او نقص نصف ذراع قال ابو حنيفة رضي الله
عنه اذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار وان نقص بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف ان زاد اخذه
باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد ياخذه في الاول بعشرة ونصف وفي
الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورته ذلك مقابلة نصف ذراع
بنصف الدرهم فيجري عليه من التجزية وفي بعض النسخ يجري عليه اي على النصف حكم المقابلة
كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع ولابي يوسف ان بافراد البدل صار كل ذراع كثوب على حدة
والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكنه يسقط له الخيار
وقد تقدم ولابي حنيفة قد تحقق ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من الثمن وانما
اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما
وزال الموجب كونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف وصارت الزيادة على العشرة
في التسعة كزيادة صفة الجودة فتسلم له مجانا وقيل هذه الاقوال الثلاثة في الثوب الذي تتفاوت
جوانبه كالقميص والسراويل والاقبية اما في الكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لانه
وان اتصل بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ

قال فصل

اذا باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة اذا باع قفيزا منها **فصل** مسائل هذا
الفصل مبنية على قاعدتين احديهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في البيع وان لم يذكر صريحا
والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له في الدخول ونعني بالقرار ما كان في محلي
معنى انه ما وضع لان يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار بعد ما وضع لا لان يفصله فيه فهو
اتصال قرار وعلى هذا دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في
العرف لا يقال لا يشمل تناوله البناء فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم
لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها وهي اذا لم تكن داعية الى اليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء
ليس بداع الحالف فلم يتقيد به ويحنث بالدخول بعد الانهدام ولان البناء متصل بها اي بالارض
عليها ونزل المكان اتصال قرار فيكون تابعا له وكذا اذا باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجرة
كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسم لاتصالها به اتصال البناء ولا يدخل الزرع في بيع
الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع في الدار ونوقض بالحمل فانه متصل
بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التقسيم المذكور فان البشر ليس في وسعه
فصل الحمل عن الام **قال** ومن باع نخلا او شجرا عليه ثمرة فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع
عرة لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع وفيه دلالة ان ما وضع
للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه ارض فيها نخل عليه ثمرة فجعل النبي صلى الله عليه
وسلم الثمرة للبائع الا بالشرط ولم يذكر النخل **وقوله** ولان الاتصال وان كان خلقة فيه اشارة الى
ان الاعتبار للثاني الحال والحال الاولى لا فرق فيها بين ان يكون خلقة او موضوعا ويقال للبائع
سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة وقلع الزرع وقال
الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وان لا يقطع
وقاسه على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب ان الاعتياد
ان المعتاد عدم القطع الى البدو والاستحصاد سلمنا لكنه مشترك فانهم قد يبيعون القطع سلمناه
ولكن الواجب ذلك ما لم يكن معارضة ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي اقدامه على
بيعها مع علمه بمطالبة المشتري بتفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا **قوله** هناك اشارة الى الجواب عن
المتنازع عليه وتقرير التسليم واجب في صورة انقضاء مدة الاجارة ايضا ولكن يترك الا باجر
وتسليم العوض كتسليم المعوض فلم يكن فيما نحن فيه كذلك كان اشياء بقي ولا فرق بينما اذا كان
الثمر بحال له قيمة او لم يكن في كونه للبائع في الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري
ووجه الصحيح ان بيعه منفردا يصح في اصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم
يكن موضوعا كالتراب **وقوله** وكذا اذا بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق يعني الزرع لا يدخل في البيع
وان لم يكن له قيمة واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل في البيع لانه مودع
فيها كالمتاع وذكر في فتاوي الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في الارض واما اذا عفن فهو
للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يجوز فكان تابعا ولو نبت ولم يصر له قيمة قال ابو القاسم الصفار
لا يدخل وقال ابو بكر الاسكاف يدخل قال الشيخ وكان بعض الشارحين بتشديد النون هذا بناء على الاختلاف
في جواز بيعه يعني من جوز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل جعله تابعا ومن لم يجوزه جعله تابعا
مستقر البعض فتعته والجمع مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل **قال** ولا يدخل الزرع والثمر
اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجر المثمرة اربعة الاول بعتك الارض او الشجر ولم يزد على ذلك

وقد تقدم

وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعتك بحقوقها ومرافقها والثالث بعتك بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من
حقوقها او من مرافقها والرابع بعتك بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها او من مرافقها
ففي الاول والثاني والثالث لا يدخل الزرع والثمر لان الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق
والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا
يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا اذا كانا في الارض وعلى الشجر واما اذا كان الثمر
مجذوذا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به **قال** ومن باع ثمرة لم يبد
صلاحها بيع الثمر على الشجر اما ان يكون قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني جائز قبل ان يبدو
صلاحها لانتفاع بني آدم او علف الدواب او لم يبد لانه مال متقوم لكونه منتفعا به في الحال او في
الزمان الثاني فصار كبيع الجحش والمهر وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده
ان البيع قبل ان ينتفع به لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه ولان
البيع يختص بالمتقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك قال الشيخ والاول اصح يعني رواية
ودراية اما الاولى فلما اشار اليه محمد رحمه الله في باب العشر لو باع الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن
البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري واما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني وفي
جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تاويله اذا باعه بشرط الترك
او ان المراد به النهي عن بيعها سلما بدليل قوله صلى الله عليه وسلم ارايت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل
احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها او بطريق السلم
واذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اشارة الى الجواز اي
الجواز اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع اما اذا قال اشتريته على ان اتركه على النخل فقد فسد
البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط
القطع سواء فكان تركها على النخل شغل ملك الغير او لان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة
في بيع او اجارة فيه لان تركها على النخل اما ان يكون باجر او بغيره والثاني اعارة والاول اجارة
وذلك منهي عنه وفيه تامل لان ذلك انما يكون صفقة ان جازت اعارة الاشجار او اجارتها
وليس كذلك نعم هو مستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها واجارتها جائزة فيلزم
صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة لم تتناه عظمها اما اذا تناهى عظمها فكذلك عند ابي
حنيفة وابي يوسف وهو القياس لانه شرط الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد فقد استحسن
في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم تتناه عظمها لانه شرط فيه
الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الارض او الشجر والجواب انا لا نسلم ان التعامل جرى في
اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا اشتراط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه
عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد
في ذاته بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة
وهي حصولها بقوة الارض المغصوبة وان تركها بغير اذنه بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حال
من النيء الى النضج لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع
شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب تعطيها الطعم وان اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها
على النخل باستيجار النخل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطلان اجارة النخل لعدم التعارف فان
التعارف لم يجر فيما بين الناس باستيجار الاشجار ولعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة

انما يتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها على ما سنذكر واذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا فيطيب له الفضل فان قيل الاذن ثابت في ضمن الاجارة فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن يبطل ببطلان الرهن اجيب بان الباطل معدوم لانه هو الذي لا يتحقق له اصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتاخر لشدة البرد والفاسد ماله تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمنا لشيء ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل سبيله التصدق ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخيل وتركها واثمرت مدة الترك ثمرة اخرى فان كان قبل القبض يعني قبل تخلية البايع بين المشتري والثمار فسد البيع لانه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك للبايع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في مقدار الزايد قول المشتري لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود اصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا ولهذا شرط ان يكون الخارج اكثر وكذا الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لا يجوز اذا حدث شيء قبل القبض واذا حدث بعده يشتركان والحلواني الحيلة في جوازه فيما اذا حدث قبل القبض ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز جعل الموجود اصلا والحادث تبعا اذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لانه يمكنه بيع الاصول

قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة اذا باع ثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة لم يجز خلافا لمالك ولم يبين انه مراده الثمر على رؤس النخل او ثمر مجذوذ وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب ان مراده ما كان على النخل واما المجذوذ فظاهر جائز وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع التمر على رؤس النخل الا صاعا منها يجوز البيع لان المستثنى معلوم كما اذا كان التمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما سواء واستدل بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا ايضا على ان الحكم فيهما سواء بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة كرم نخلة قال المصنف قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان مفضيا الى النزاع وهذه ليست كذلك لكل منهما بذلك فلا تكون مانعة واجيب بانا لا نسلم انها ليست كذلك فربما كان البايع يطلب صاعا من التمر احسن ما يكون والمشتري يدفع اليه ما هو ادنى التمر فيفضي الى النزاع سلمنا ذلك لكن قد لا يكون التمر الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة لهذا المعنى وعن هذا قال بعض الشارحين يشير الى هذا قوله ارطالا معلومة ورد بانه لو كان المستثنى صاعا واحدا او رطلا واحدا فالحكم كذلك وبانه لا يخلو اما ان يبقى بعد الاستثناء او لا وكل من التقديرين يقتضي صحة الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا ان الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنة وليس البحث فيه لكنه جاز ان يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة واما الثاني فلانه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء فيجوز البيع واجيب بان يهلك باعتبار المال واما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء ام لا فصار مجهولا وفيه نظر لانها ليست مفضية الى النزاع فهو اول المسئلة ثم قال المصنف اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز يريد به على قياس ظاهر الرواية

لم يذكر

فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد ~~وفي بيع اطراف الحيوان لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه~~ وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه لا يجوز استثناؤه وفي بيع اطراف الحيوان لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثناء يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وافراد العقد يقتضي كون المعقود عليه مقصودا معلوما فتشاركا في القصد والعلم فيما جاز ان يبيع مقصودا عليه بانفراده جاز ان يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في ~~جميع الصبرة الا قفيز~~ لانه استثنى ما يجوز ايراد العقد عليه واما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فانه لا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه فلا يجوز استثناؤه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب فانه ~~استثناؤه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي~~ المتقارب فان استثناءه قدرا منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة وقيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه جائز وبين قوله هذا القطيع من الغنم كله على ان لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه كذا استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى واجيب بان في استثناء المتصل لم يدخل المستثنى منه لبيان انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن ايراده اخراجا لحصتها من الثمن فلا جهالة فيه واما في الشرط فان الشاة دخلت اولا في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعتك هذه العبيد الا هذا فانه صحيح في تسعة اعشاره ولو قال على ان لي عشره لم يصح قيل ولقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب انا لا نسلم ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم ينشر منه جهالة الى المستثنى منه بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج الى معرفة مقدار المبيع

قال ويجوز بيع الحنطة في سنبلها بيع الشيء في غلافه لا يجوز الا في الحبوب كالحنطة والباقلاء والارز وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر والجوز واللوز والفستق في قشره الاول وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا باع تراب الصاغة ولنا ما روي ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى تزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة جعل حكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان النهي يقتضي المشروعية كما عرف في الاصول وحيث كانه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقديره لا نسلم انه لا منفعة فيه لبقاء المبيع بقشره حتى ينتفع به ومن اكل القلية شهد بذلك وان الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فذروه في سنبله فهو انتفاع لا محالة فجاز البيع كبيع الشعير الجامع كونهما مالا متقوما منتفعا بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربا لجهالة قدرها في السنبلة فان قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه وهما سيان في كون المبيع مغلقا اجيب بان الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك التمر اليه اشار ابو يوسف

قال ومن باع دارا الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل في البيع

اعلاقها بناء على ما تقدم ان كان موضوعا فيه للتركان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها البناء والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء فان قيل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا مطلقا او من حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الاجارة لكن ليس الكلام في ذلك بل في الغلق ومفتاحه لا يدخل والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان او حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل **قال** واجرة الكيال اذا باع المكيل مكايلة او الموزون موازنة او المعدود عدا واحتاج الى الاجرة للكيال والوزان والعداد فهي على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واما اجرة ناقد الثمن فقد ذكر ابن رستم عن محمد انها على البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الاولى ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما تعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد واجرة وزان الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم **قال** ومن باع سلعة بثمن سلعة مجلا اما ان يكون بثمن او بسلعة فان كان الاول قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية ايضا لان الدين انقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه وان كان الثاني قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا يحتاج الى تقديم احدهما بالدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع لان البيع نوعان لازم وغير لازم فاللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار لكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فاظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الامكان لان دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار او على اني بالخيار ابدا او على اني بالخيار اياما وجائز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلاثة ايام فما دونها ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي جائز عند ابي يوسف ومحمد سواء كان لاحد العاقدين او لهما جميعا او شرط احدهما الخيار لغيره وجه قول ابي حنيفة في الخلافية ما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات لامومة اصابت راسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام والخلابة هو الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط مخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع والمذكور في النص هو المشتري كما علمتم فيمن له الخيار فلنتعلق بما هو الجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة لان البائع في معنى المشتري في المعنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى الغرر يكثر بزيادة المدة فيزداد الغرر وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الخيار الى

الانتفاع بها لا يمكن الا بالطريق

شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التامل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتاجيل في الثمن فانه جائز قلت المدة او كثرت للحاجة والجواب ان الحديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر سلمنا انهما سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرؤية وخيار العيب وانه اجاز البيع بهما بعد الشهرين ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الحادثة كان منصوبا في الراس فكان احوج الى الزيادة فلو جازت كان اولى بها فدل على ان المعتبر لنفي الزيادة سلمنا ولكن في الكثير معنى الغرر زائد وقد تقدم والقياس على التاجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد تحتاج الى مدة طويلة **قوله** الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها واجاز من له الخيار في الثلاثة جاز ويجوز ان يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول اولى لقوله خلافا لزفر فانه قال زفر رحمه الله يقول ان هذا عقد قد انعقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين او اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزائد ورطل الخمر وكمن تزوج امرأة وتحته اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولابي حنيفة انه ابطل المفسد اعلم ان مشايخنا اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول ابي حنيفة فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب اهل خراسان واليه مال شمس الائمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه اسقط المفسد قبل تقرره اي قبل مضي ثلاثة ايام تعليل على الرواية الاولى وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامهما على الشرط فاذا اسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا لان هذا العقد لم يكن فاسدا لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدراهم ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبله المشتري من غير ان يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق **وقوله** لان الفساد باعتبار اليوم الرابع تعليل على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلاثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان جائزا والجواب عما قاس عليه زفر رحمه الله من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن رفعه وفي مسئلتنا في شرط فامكن **قال** ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اي اشترى على انه لو لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه اما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد الثمن اياما فلا بيع وهما فاسدان او قال على انه ان لم ينقد الثمن ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر انه لا يجوز لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط الصحيح الاقالة له في البيع مثل ان يقول بعتك هذا بشرط ان تقيل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدها اولى ان يفسد ووجه الاستحسان ان العلماء اجمعوا ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة الى الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان ملحقا به ورد بانا لا نسلم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وهنا لو سكت حتى مضت المدة بطل واجيب بان النظر في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه

في التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة ايام فان لم ينقد الثمن ينفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه اجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول ابي حنيفة ومحمد الا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلاثة ايام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه ابو حنيفة وابو يوسف وجوزه محمد اما ابو حنيفة فتقدم على اصله في الملحق ونفي الزيادة على الثلاثة وكذلك محمد مر على اصله في تجويز الزيادة في الملحق به وابو يوسف احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال المصنف وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام والمراد بالاثر ما روي عن ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار باثر ابن عمر وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف في الاصل اي في ثلاثة ايام باثر ابن عمر وهو ما روي ان عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا اي في الزائد على ثلاثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز بتمام قوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه **قال** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه قد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج من ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري فالمبيع يخرج عن ملك البائع والثمن لا يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن من ملك البائع والمشتري بالاتفاق فاذا خرج المبيع من ملك البائع او الثمن من ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال ابو حنيفة لا يدخل وقالا يدخل لئلا يلزم عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الاولى فظاهر من قوله لان تمام هذا السبب اي العقد بالمراضاة لكون الرضا داخلا في حقيقته الشرعية ولا يتم المراضاة بالخيار لان البيع به يصير علة اسما ومعنى لا حكما الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فان قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن ابي ليلى هو يقول قبض ملك البائع باذنه فكان امانة في يده ونحن نقول المبيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار بحالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فلا يلحقها الاجازة وهو معنى قوله لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك واما ان المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض لجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وحقيقته ان الضمان الاصلي الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة وانما يتحول عنها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فيبقى الضمان الاصلي في مدة الخيار واما اذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذاك وتمام الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قيل انما ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح واما دليل خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له [illegible] لا يدخل في ملكه مثله وذلك عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لما لم يخرج الثمن من ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ونوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان

البدلان مجتمعين في ملك واحد واجيب بان ذلك ليس حكما للمعاوضة بل لدفع الغصب فان ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلا لا الى مالك يعني سائبة ولا عهد لنا به في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري واجيب بان كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف كما تقدم وثمرة قول ابي حنيفة بان شرعية الخيار نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه بتملكه عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فيعود على موضوعه بالنقض **قوله** فان هلك في يده اي فان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان للبائع كما تقدم آنفا ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت يده واما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلاثة له ان يفسخ بعد الارتفاع واما اذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين مما ذكر ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه ان المبيع اذا تعيب بيد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعري عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم فيلزمه الثمن المسمى واما اذا كان الخيار للبائع لا له فيهلك والبيع موقوف فيلزم القيمة **قال** ومن اشترى امرأته هذه مسئلة تبتني على الاصل المتقدم ذكره وهو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها وان وطئها له ان يردها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرا فليس له ان يردها لان الوطء نقصها فلا يردها وان كانت ثيبا كذا في شرح الطحاوي وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين ولهذه المسائل نظائر في كونها مترتبة على الاصل المتقدم منها عتق المشترى على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت كالمنشئ للعتق بعد الشرط لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ولو انشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا فان قيل كالمنشئ يجب ان ينوب عن الكفارة اذا اشترى الحالف ونوى عتقه عن الكفارة اجيب بانه جعل كالمنشئ بحكم لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لانه كالمدبر في الاستحقاق وفيه يجعل الانشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة او بعضها فاختارها لا يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو ردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا واجمعوا في البيات يفسخ باقالة او غيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ولابد من احد امرين اما ان يكون معناه اشتراها منكوحة ولم تلد في مدة الخيار قبل القبض او يكون اشترى الامة التي كانت منكوحة وولدت منه وكذا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير ام ولد له في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير ام ولد له لا ظرف الولادة وتقدير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح

لانتقاله ثم ولده في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال وانما احتجنا الى احد التاويلين لانا لو اجرينا على ظاهر
اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحة بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بلا اتفاق
ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعدما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار
ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار او بعدها
هلك على البائع لارتفاع القبض بالرد اذ الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان
هلاك المبيع قبل القبض فانه من مال البائع وعندهما لما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في
يد المودع كهلاكه في يده ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي على خياره
لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك وللماذون له ولاية ذلك وعندهما بطل خياره لانه
لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض والماذون ليس من اهله فان قلت اذا كان الخيار للمشتري فالثمن
لم يخرج عن ملكه فما وجه ابراء البائع عن الثمن قبل ان يملكه اجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابراء
وجوازه استحسانا لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي
خمرا بالخيار ثم اسلم بطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب واضح واذا كان الخيار للبائع
واسلم بطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري واسلم البائع لم يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه
بات فالخيار للمشتري على حاله وان رجعت الخمر الى البائع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما قال ومن شرط
له الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي لو شرط الخيار يصح منهم
جميعا فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلاثة اشياء بان يقول اجزت وبموته في مدة الخيار
لانه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد به نافذا وبان يمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك
وبان يصير المبيع في يد المشتري في حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه
كما تقدم واما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البائع
في مدة الخيار تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للبائع فان العقد ينفسخ سواء كان ذلك بحضور الاخر وعلمه
لانه فسخ حكمي والشيء قد يثبت حكما وان كان يبطل قصدا واما الاول فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول
البائع او المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة الاخر انفسخ العقد بالاتفاق واذا كان بغير علمه
فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي لابي يوسف ان من له الخيار مسلط
على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه
لاحد شطري العقد على الاخر ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان
يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد
بالرفع وهو لا يعرى عن المضرة اما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه
فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة اكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا واما اذا كان للمشتري
فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريا وقد تكون المدة ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر
لا يخفى فالتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشطر
الاخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسلط
على الفسخ مما لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم
عدم اشتراط العلم لان مبنى الالزام على العلم لا على الرضا وكونه لا يستبد في المبايعات لا لانه الزام فهو
وعورض بان ما ذكرتم من الزام الضرر لو دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد
بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وعليه من الضرر ما لا يخفى واجيب بانه

ضرر

ضرر مرضي به منه من حيث ترك الاحتياط باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر
زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق
والعفو عن القصاص لزم منها تحقق غير الفاعل الزام وهو ممنوع لان ذلك من الاسقاطات وما هو
كذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الخلع عن الاية ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها
يلزم المراة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزام
امر جديد بل كان ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من اجل النعم فاستدامته بالرجعة لا يكون
ضررا ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم
الالزام بل ذلك بالتزامه او لانه لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو كان ضررا لما اقدم عليه ولانه
غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه
الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار او هو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اجازة
المالك دفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا الزام
منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المراة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة او لكونه بايجاب الشرع
نصا دون الطلاق الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد والاجازة
وهو غير مرضي به من جانب الاخر فلا يلزمه الا بعلمه قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه يشير
الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كناية الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن
المراد به ما اشير به المراد قال واذا مات من له الخيار بطل خياره اذا مات من له الخيار سواء كان البائع
او المشتري او غيرهما سقط الخيار ولزم البيع خلافا لمالك اذا مات من له الخيار سواء كان البائع او المشتري
وغيرهما سقط الخيار ولزم البيع خلافا لهما اذا مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي اذا مات
من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار
تعيين المبيع بان اشترى احد الثوبين على انه بالخيار ياخذ ايهما شاء وقلنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه
ليس الا مشيئة وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن
المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قال النبي صلى
الله عليه وسلم من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل
قوله فلورثته علينا والخيار ليس كذلك لانه ليس صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان فلا يكون
الخيار كذلك واجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل
المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا واجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه
وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالك وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط الخيار
لا في مطلقه والخيار يلازمه والصواب ان يقال الغرض الاصلي من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في
المبيع بشرط الخيار كذلك فانه لا يلزم من انتقالها ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك فان قيل الخيار
ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك اجيب بانه يثبت للوارث
ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سيان لان المورث متمكن فاذا مات زال التمكن ويثبت للوارث
بانتهاء المورث اعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا بشارط لا يقال البيع
بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وفيما
ذكرنا يدل على انتفائه لو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد او في حق الوارث
والاول مسلم والكلام فيه والثاني عين النزاع قوله بخلاف خيار العيب جواب عما قاس عليه وتقريره لا نسلم انه بطريق

جواب عما قاس

النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك لان
سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال المستحق للمشتري بالعقد
فاذا طالب البايع بتسليمه وعجز عن التسليم يفسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه
خلف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث
وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له
خيار التعيين كمن اختلط ماله بمال الرجل يثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الا يرى ان المورث
كان له ان يفسخ فكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت قال ومن اشترى
وشرط الخيار لغيره تقدير كلامه ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فايهما
اجاز جاز يعني من المشتري وذلك الغير على الحذف واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو
قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه وواجبا من واجباته بمقتضى الشرع
المسوغ شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري
واشتراط تسليمه على غيره واشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازه لان الحاجة قد
تمس الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او بالمعاملة كالاحتياج الى نفس الخيار وطريق ذلك
ان يثبت بطريق النيابة من العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كانه شرط لنفسه وجعل
الاجنبي نائبا عنه في التصرف تصحيحا له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين احدهما ان شرط الاقتضاء
ان يكون المقتضى بمنزلة من المقتضي الا ترى ان من قال لعبده لله حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال
لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء لان التحرير اقوى من تصرف التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا لفرعه والاخفاء
ان العاقد على مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا
لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد اولا ثم على الغير كفالة عنه
لذلك واجيب عن الاول بانه لا يعيد لما صدق الغرض هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل
نظرا الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل تبعية فرعه واما
التحرير فلانه اصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لفرعه وعن الثاني بان الدين يجب على
الكفيل في الصحيح بل على التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضي لتصحيح
المقتضى ولو جعل الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضي وعائدا على موضوعه بالنقض فان قيل
فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين فالجواب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا
يجوز ان يكون تابعا لغيره وهو المحال عليه واذا ثبت الخيار لكل منهما فايهما تفرد نقض ولو اختلف
فعلهما في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه ولو خرج الكلامان معا اختلف الرواية ففي
رواية يترجح بتصرف العاقد نقضا كان او اجازة وفي رواية ماذون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ
كان من العاقد او من غيره وجه القول الاول ان تصرف العاقد اقوى والاقوى يتقدم على غيره وفقه ذلك
ان تصرف النائب انما يحتاج اليه عند استيفاء تصرف المنوب واما عند وجوده فلا يحتاج اليه واستشكل
بما اذا وكل رجلا بطلاق امراته الثنية فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احدهما لا بعينه واجيب
بان الترجيح يحتاج اليه عند تنافي التعليق كالفسخ والاجازة واما اذا احتمل فالمطلوب حاصل بدونه فلا
حاجة اليه ووجه القول الثاني ان الفسخ اولى لان الاجازة تلحقه الفسخ كما لو اجاز والمبيع هلك عند البايع
والمفسوخ لا تلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البايع لا تلحقه الاجازة ولاحقه في ما يطري
غير فرد به على ما ليس كذلك ونقض بما اذا [illegible] من له الخيار غيره فنقضا البيع ثم هلك المبيع عند المشتري

قبل

قبل قبض البايع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبايع فكان ذلك فسخا
للفسخ وهو اجازة للمفسوخ واجيب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ لا اجازة
وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف وقيل الثاني اصح ولعل وجهه ان لكل واحد منهما التصرف
من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث النيابة بشرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث المتصرف
فتعين من حيث حال التصرف لا حال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من
له الخيار ولا يتجه ترجيح العاقد عما رضيته في ذلك واستخرج ذلك يعني ان المنسوب اليهما ليس
بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع الوكيل من احد والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو
يوسف يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ
النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه الاستخراج ان تصرف الفاسخ اقوى عند ابي يوسف في
هذه المسئلة انه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر اثر ذلك في مسئلة بيع
الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك لمالكيته
والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال
التصرف وهو تصرف الفسخ لانه معارض بهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا
به كما في النهاية وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك لمالكيته هناك لا يستلزم رجحان
الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجهه
ذلك ان يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد هنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية
من غيره فترجيح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وعدم ترجيح تصرف المالك من ابي يوسف واعتبارهما
يدل على انه لا ينظر الى احوال المتصرفين اصلا وانما ينظر في حال التصرف نفسه والفسخ اقوى لما ذكرنا
قال ومن باع عبدين بالف هذه المسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما
ان لا يحصلا او حصلا جميعا او حصل التفصيل دون التعيين او العكس من ذلك فان كان الاول بان
باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة احدهما
مفسدة فجهالتهما اولى وكذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد
في حق الحكم فكان الداخل في العقد احدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله وان كان الثاني وهو
ان يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن
معلوم فان قيل العقد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الاخر وهو شرط
مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا جمع
بين قن ومدبر في ان المدبر محل للبيع ولكن شرط قبول العقد فيه مفسد للاخر بخلاف ما اذا جمع بين حر
والاخر لكون الحر ليس بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا في العقد لا في الحكم ولقائل ان يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه
العقد فكان مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لطلبة
فتدبر [illegible] وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة على اني بالخيار
في احدهما فالبيع فاسد لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لم لا يجعل عدم التفصيل مفسدا للعقد
في الاخر كما في القن اذا جمع بينه وبين المدبر ولم يفصل الثمن اجيب بان عدم التفصيل مفسد
اذا ادى الى البيع بالحصة ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد
فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد في حق الاخر انعقد بالحصة ابتداء وهي مجهولة والثمن فيما
اذا جمع بين القن والمدبر ما منع عن انعقاده في حق الاخر [illegible] الحكم وهذا اختيار القاضي

مجوازه نفذ فكان صيانة الثمن في البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وام الولد لا ابتداء الحصة
قال ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء او من قال اشتريت احد هذين الثوبين على ان لي ان آخذ
ايهما شئت بعشرة دراهم الى ثلاثة ايام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلاثة واما اذا كانت
الاثواب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فساده في الاربعة لان
المبيع الاثواب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو
مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رحمه الله ووجه الاستحسان انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو
خيار الشرط فجاز الحاقا به وبيان ذلك ان شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق
له والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه ربما يحتاج الى اختيار من يثق بمعرفته او
اختيار من يشتريه لاجله كامرأته وبنته والبائع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع فكان باعتبار الحاجة
في معنى ما ورد به الشرع ولا نسلم ان الجهالة تفضي الى المنازعة لانه لما شرط الخيار لنفسه واستبد
بالتعيين فلم يبق له منازع فكانت علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى
المنازعة واما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلاثة او
اكثر واما الحاجة فانما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والردي فيه والزائد عليه مكرر
غير محتاج اليه فانتفى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته واعلم ان محمدا ذكر هذه المسألة
في الجامع الصغير في المأذون وقال فهو بالخيار ثلاثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن
ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال الكرخي لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا
معلوما ثلاثة ايام فما دونها عند ابي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الائمة
السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لا شرطا وهو اختيار
فخر الاسلام وجه الاول ان جوازه بطريق الالحاق بموضع السنة فلا يتجرد عنه وفيه نظر لان عدم انفكاك
عن الملحق به ليس بشرط في الالحاق ووجه الآخر ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد
بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير معين من غير توقيت
على الايام الثلاثة واما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط وصحح فلا بد منه وهذا لان الحال لا يخلو
اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين او لا فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة
عند ابي حنيفة وبمدة معلومة اية مدة كانت عندهما كما في الملحق به فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار
التعيين في الزيادة على الثلاثة عند ابي يوسف لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة
ايام فلا بيع بينهما اجيب بان قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا
يكون الاثر الوارد فيه واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان
في كل منهما خيارا لا بغير جنس التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه ولو هلك احد
او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة حتى اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول او
تعيب لا يلزم عليه شيء من قيمته وهذا لان المعيب يمتنع رده لان رده انما يكون باعتبار تعيينه مبيعا وهو
في دعواه ذلك متهم فكان التعيب اختيارا دلالة فان قيل قبض الآخر لا يكون اقل من المقبوض على سوم
الشراء وهو مضمون بالقيمة عند الهلاك اجيب بانه اقل من ذلك لان المقبوض على سوم الشراء مقبوض
على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد تعين بامر الامانة فكان امانة فان
قيل كيف انعكس حكم المسألة فيما اذا طلق الرجل احدى امرأتيه او اعتق احد عبديه ثم ماتت احداهما فان
الباقية تعين للطلاق دون الهالكة وكذلك في العتاق اجيب بان المرأة اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن

محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف على الهلاك خرج عن محلية الرد لتعينه
فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا معا لزم نصف ثمن كل واحد منهما لعدم اولوية احدهما لكونه
مبيعا فشاع البيع والامانة فيهما واما اذا ذكر خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقف على الايام
فله ان يردهما بخيار الشرط في الايام الثلاثة لانه امين في احدهما فرده بحكم الامانة وفي الآخر
مبيع قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما
ويبقى له خيار التعيين فيرد احدهما وان اختار احدهما لزمه ثمنه لانه عين البيع فيه ولزمه
وان كان في الآخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الايام الثلاثة بطل
بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين لاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل هل يجوز فيه من
له الخيار وفائدة قلت كانه اشار الى ان خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره انه
يجوز استحسانا قالوا والى اشار محمد في المأذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع
خيار البائع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد انه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشتري انما
جوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يثق برأيه وهذا
المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختيار الارفق اذ المبيع كان معه قبل البيع فرده
جانب البائع الى مقتضى القياس ولم يذكره محمد لا في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير كما ذكره المصنف
في بعضها اشترى احد الثوبين ولا يحتاج الى المعذرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز نبه عليه فخر الاسلام
وقال في وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل ان يكون مبيعا قال اشترى ثوبين وقال غيره هو من
قبيل اطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان اضاف الخروج اليهما وان كان من
احدهما قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار رجل اشترى دارا بشرط الخيار فبيعت دار اخرى بجنبها في مدة
الخيار فاخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضا يسقط به الخيار لان لطلب الشفعة وطلب الشفعة دليل
على اختيار الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك
تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء وكان الجوار ثابتا عند بيع
الدار الثانية وهو يوجب الشفعة وهذا تقرير يحتاج اليه مذهب ابي حنيفة خاصة لان خيار المشتري
يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة واما عندهما فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز له ان
يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار
يريد ردها قال شمس الائمة اما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه مالك الدار المبيعة
واما عند ابي حنيفة فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة كالمأذون
المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة دارهما
بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان المشتري لم يصر احق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها
اخرى فاخذها بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لا يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته
وسيأتي بيانه قال واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار ثلاثة ايام فرضي احدهما
دون الآخر فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وكذا اذا اشترياه ورضي احدهما بعيب فيه
وكذا لو اشترياه ولم يرياه ثم رأياه لهما ان اثبات الخيار لكل واحد منهما وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا
يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر لانا لا نسلم ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد
منهما الا ترى ان من وكل وكيلين اثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما ان يتصرف دون الآخر وله ان المبيع
خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع يمكنه

من الانتفاع متى شاء وبعده اذا رد البعض لا يتمكن الا منها بآفة والخيار يثبت نظرا لمن هو له على وجه لا
يلحق الضرر بغيره وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا للبائع ايضا لكن الاول لم يكن من غيره كل
يحجم عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من نفسه فان قيل بيعه منهما رضي بعيب التبعيض
اجيب بانه ان سلم فهو رضا به في ملكهما لا في ملكه نفسه فان قيل حصل العيب في يد البائع بفعله
لان تفرق الملك انما ظهر بالعقد فحصل التبعيض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب
المعقود عليه في يد البائع لم يكن له ان يرد بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال بان يساعده الآخر على
الرد فاذا امتنع ظهر عمله قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار
لهما لتصور الانفكاك ببعضه واجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما
قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب جعل المشتري عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه بان
لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا او كاتبا فهو بالخيار بين اخذه بجميع الثمن وبين رده
اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر
الرواية بان يقوم العبد كاتبا او خبازا نظرا الى ادنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط
لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخباز فينظر الى تفاوت
ما بينهما فيرجع عليه بذلك اما رده فلان هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز
عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب
فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لرجوعه الى صفة المبيع والثمن كان ملائما للعقد الا ترى انه لو
كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون منهيا عنه ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل او على
انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه واجيب بان ذلك ليس بوصف
بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب او لبون
لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه ولكنه مجهول لانه ليس في وسع البائع تحصيله ولا
الوقوف عليه فلا سبيل كذلك ما نحن فيه فانه له ان يأمر بالخبز والكتابة فيظهر حاله واما انتفاخ البطن
فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا يعلم حياته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك
ففواته يوجب الخيار لان المشتري ما رضي بالمبيع بدون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف
اي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في
الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نعجة فاذا هي حمل فصار الاصل
ان الاختلاف في الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعا الى الجنس
كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية ويفسد به العقد وان كان مما لا يوجبه كان راجعا الى النوع كما ذكرنا من
المثال فلا يفسد لكن يوجب التخير لفوات وصف السلامة ويأخذ بجميع الثمن فلان الاوصاف لا
يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد يدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم والله اعلم

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه اقوى منه اذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب

في منع

في منع لزوم الحكم قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز معناه ان يقول الرجل لغيره بعتك
الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي في كفي هذه وصفتها كذا او لم يذكر الصفة او يقول بعت
منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذلك
العين الغائبة اشار اليها بمكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غيرها مما يسمى والمكان معلوم باسمه والعين
معلومة قال الصاحب لا بد منه لان كلامنا في عين هي بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا
اي بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه وهو نص في الباب فلا يترك الا بمعارض فان قيل هو
معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس
عند المشتري لاجماعنا على ان المشتري اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلنا
بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال
يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وقد اجمعنا على انه لو باع عبدا مرئيا لا يملكه
ثم ملكه فسلم لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به ما ليس في ملكه والمعقول وهو ان الجهالة لعدم
الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه رده ولا نزاع ثمة مقتضى ولو افضت
اليه او قلنا بابرام العقد عقلا بدليله وصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بان اشترى
ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي
الى النزاع وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي
الاول هو النظر ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو
طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد واجيب بان المعارضة ساقطة لان السلم انما لا يجوز عند
ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك وكذا اذا قال التفريع على مسئلة
العكوري ينبغي كما ان له الخيار اذا قال رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق
بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشرط لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط
ولانه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما ادى الى ابطاله
فهو باطل قوله وحق الفسخ جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ
قبل الرؤية فمن نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق
الفسخ كانه عقد غير لازم لانه لم يقع مبرما وفيه فسخ لو علقه الا ترى ان كل واحد من العاقدين في
عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن المختار الاشتراط ولا
شرعا كذا في الرضى فانه ثابت بمقتضى الحديث ولا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى ابطاله كما قلنا وفيه
نظر لان عدم لزوم العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم الخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا
ملزومه لان ما هو شرط للازم فهو شرط للملزوم قوله ولان الرضا بالشيء جواب آخر وتحقيقه ان الامضاء
للرضا والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان الرضا استحسان الشيء والاستحسان مما لم يعلم وصفه
غير متصور واما الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لانها لعدم استقباح
الشيء واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما يدل على انتفاء الحاجة
الى المبيع او ضياع ثمنه او اشتغاله به فلا يستلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية
فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح كما لا تصح الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف

قال ومن باع ما لم يره من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابو حنيفة
اولا يقول له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيفا فهو
بالخيار ان شاء تجوز وان شاء رد كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد المبيع لانه اصل دون
الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم وهذا اي الخيار للبائع انما هو باعتبار ان لزوم العقد
بتمام الرضا زوالا اي من جهة البيع وثبوتا من جهة الشراء وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع
وذلك بالرؤية فانه بالرؤية يحصل الاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة فلم يكن البائع راضيا بالزوال
فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه
كما تقدم فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة اجيب بانهما ليسا سيان
فيه لان الرد في جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشتراه فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه
والبائع لو رد لرد باعتبار ان المبيع ازيد مما ظن فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم
يثبت للبائع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق به وقيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر
وههنا وجد القياس على المشتري في الخيار من طرف البائع واجيب بانه ثابت بالنص غير معقول المعنى
فلا يجوز به القياس سلمنا لكن القياس على خلاف الاجماع باطل وحكم جبير بن مطعم بين عثمان وطلحة كان بمحضر
من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ولم ينكر احد فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الخيار دلالة
وقيل انه رجع ابو حنيفة حين بلغه الحديث **قال** ثم خيار الرؤية غير موقت قيل خيار الرؤية
موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار يتعلق بالاطلاع
على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا
فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا كما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف فيبطل خيار الرؤية بما
يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا تعلق في المبيع ما يختص بمعرفه ويحل
في غير الملك لا يكون ذلك دليل الاختيار والا فلا بناء على ان الخيار انما كان للرد عند عدم الموافقة بعد
الامتحان فان لزم البيع بعد ما يجرب بها مرة فات فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما يجرب به
لكنه لا يحل في غير الملك كالاستخدام ونحوه ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار
فعلى هذا اذا اشترى جارية بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يجرب به ويحل في غير الملك
في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليه لحصول
الامتحان بالاولى ولو وطيها بطل خياره لانه وان كان مما يجرب به لان صلاحها للوطي لا يعلم بالنظر لكن لا يحل
الوطي في غير الملك فكان اختيارا له قيل يشكل على هذا الكلي مسئلتان احدهما انه لو اشترى دارا لم يرها
فبيعت بجنبها دار فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط والثانية
اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في فتاوى
قاضيخان واجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل
بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لا يعملان في
ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه لتسويد البيع والحق ان يجعل الشيء بدلا لانه قال وما يبطل خيار الشرط
من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية وهو لتسويد مطلق لم يقيد بان يكون تعيبا او تصرفا بعينه في
المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية
نوعان تصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او
الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق من خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان

هذا التصرف

قوله فاشبه الرد بالعيب اقول فيه تامل
سعدي افندي

قوله والضابط اقول يعني ان الضابط يفهم مما ذكره في قوله ويعلم
سعدي افندي

اقول وكان ان يقول ههنا ايضا ببطلانه بعد الرؤية وذلك يكفي في صحة الكلية فانه لم يقل يبطل خيار الرؤية مطلقا
سعدي افندي

قوله والعرض على البيع اقول ان العرض على البيع ليس من التصرف في المبيع والسند ما ذكره المصنف من جعل المساومة منه
سعدي افندي

هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع
فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن
او مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين
احدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي رويناه والثاني ان هذه التصرفات اما ان
يكون صريح الرضا او دلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف ابطلته واجيب عن الاول بان
ذلك فيما امكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن اهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد
صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضا لا تربو على صريحه اذا لم يكن بضرورة
صحيح آخر وههنا هذه الدلالة بضرورة ان صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال واما
الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل
الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا اي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فكذا ما هو
ادنى يعني اذا لم يكن منضما اليه ضرورة الغير ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع **قال** ومن نظر الى وجه الصبرة
اعلم ان المبيع اما ان يكون شيئا واحدا او اشياء متعددة والثاني اما ان يكون متفاوت الآحاد او لا فكان
اقسامه ثلاثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون
متعذرة كما اذا كان عبدا او جارية فان في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما لان النظر الى عورتهما
واقعا في غير الملك لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كانه لم يكن فكان النظر وقع حراما وكذا
اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالنشر والطي فيكتفي برؤية ما يدل على العلم
بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والدواب والبطيخ والجوز فيما ذكر الكرخي
فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في الآحاد وان كان الثالث كالمكيل
والموزون والعددي المتقارب كالجوز والبيض على ما مال اليه المصنف يكتفي برؤية واحد منها
لان رؤية البعض تعرف الباقي لعدم التفاوت الا ان يعرض بالتموج والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف
البقية الا ان يكون في طيه ما كان مقصودا كموضع العلم واذا نظر الى وجه الآدمي بطل الخيار لانه
هو المقصود في العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له الا ترى انه يتفاوت القيمة بتفاوت الوجه
مع التساوي في سائر الاعضاء واذا نظر الى الوجه والكفل في الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان في
الدواب فان كان المكيل والموزون والعددي المتقارب في وعائين فرآها في احدهما فان كان ما في الآخر
مثل ما رأى او فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا رد رد الكل لئلا يتفرق الصفقة
واذا اشترى شاة فاما ان تكون للحم او للقنية اي الدر والنسل ففي الاول لا بد من الجس لان المقصود انما
يعرف به وفي الثاني من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه هو المعرف للمقصود **قال**
ومن رأى صحن الدار فلا خيار له رؤية صحن الدار وخارجها ورؤية اشجار البستان من خارج يسقط
خيار الرؤية لان كل جزء من اجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الحيطان من الجذوع فيكتفي
وحينئذ يسقط شرط رؤية الكل فاقمنا رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل فاذا كان في الدار
بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة
والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى لا بد من دخول
داخل الاصل ان جواب الكتاب اي كتاب العقود على وفاق عادتهم بالكوفة او بغداد في الابنية فانها
لا تختلف بالضيق والسعة فيما وراء ذلك تكون بصفة واحدة وهذا الصحن معلوما بالنظر الى الجدران
من خارج فاما اليوم بديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في الكثرة مالية الدور

قوله مانع من الفسخ اقول فسخ البائع استقلالا
سعدي افندي

قوله لا يمكن رفعها اقول مطلقا او عن المتوني استقلالا
سعدي افندي

قوله وعن الثاني بان دلالة الرضا الخ والجواب عن الثاني عندي ان يقال ليس بطلان الخيار ههنا لدلالة الرضا او صريحه بل الضرورة تعذر فسخ هذه التصرفات على ما يدل عليه سياق كلام المص
سعدي افندي

وذلك في العبد لا يجوز اصلا فسخ العقد بعد او لم يفسخ وفي الامة لو فسخ العقد بخيار الرؤية رؤية عورتها نحو

اورنك النموذج جارشنی کبير

هو المروي عن ابي يوسف وشرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة

وهي الحيطان

قوله يشترط رؤية الكل اقول هذا الكلام بعض الشارحين على ما يعلم من مراجعة الدراية الخ اقول كلام الشارح في هذا المقام يخالف المشروح
سعدي افندي

مرافقها وكرهها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة تعرف **قال** ونظر الوكيل كنظر المشتري
قيل صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع او وكلتك بقبض ذلك وصورة الارسال
ان يقول كن رسولا عني او ارسلتك او امرتك بقبضه وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال
امرتك بقبضه اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه سقط خيار المشتري فلا يرده الا بعيب علمه
الوكيل او لم يعلم وقال الفقيه ابو جعفر اذا قبضه بعلمه الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب واذا نظر
الرسول بالقبض اليه وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله ان يرده عند ابي حنيفة وقالا لا
نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فيهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله
ان يرده وقد كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشرا ليس كذلك فسر
المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشرا فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لان
حقوق العقد ترجع اليه لهما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار فما لم
يتوكل به لا يملك التصرف بالوكالة فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف في المتوكل به فصار كما اذا اشترى
شيئا ثم وكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل معيبا رآه او ما عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكمن
اشترى شيئا بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه مستوفيا رآه الوكيل فاسقط الخيار
قصدا لا يسقط خيار الموكل ولابي حنيفة مبني على مقدمة هي ان القبض نوعان تام
وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه وهو مستور **قوله** وهذا اشارة الى تنوعه
بالنوعين وبيانه ان تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع خيار الرؤية لان تمامها
تناهيها في اللزوم وبحيث لا يرتد الا برضا او قضا وخيار الشرط والرؤية يمنعان عن ذلك واذا
ظهر هذا قلنا الموكل يملك القبض بنوعيه بنفسه وكذا عند اطلاق التوكيل الا اطلاقه
فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه واسقط الخيار قصدا لم
يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة اجاب
المصنف بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبعد ذلك لا يملك اسقاطه
وفي هذا الجواب نقض الى رده قياسهما على الاسقاط القصدي والى دفع قولهما دون اسقاط الخيار
وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا او ضمنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض
التام ثبت للوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رآه قبل القبض لم يسقط به الخيار
بخلاف الموكل فكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع فان من توكل بشيء توكل بما يتمه
لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب **وقوله** بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه
لا يمنع تمام الصفقة حتى لا يرتد به الا برضا او قضا وما لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب
خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة قبل تمامها […] كانت تامة ومن
موجبات ذلك ان خيار العيب لا يثبت حق المطالبة بالجزء الفائت […] الموكل ولم يصدر التوكيل
بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح معترضا عليه لانه على هذا الخلاف
ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء
خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض
فكذا وكيله وقيل بالتام لان الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية
ناقص والرسول ليس كالوكيل فان الرسول تمام ما ارسل به لتبليغه وانما اليه تبليغ الرسالة لكن الرسول
بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم **قال** وبيع الاعمى وشراؤه جائز عندنا وله الخيار وقال ان كان

بعيب اصبعي فكذلك الجواب وان كان اكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات
وهو محجوج بمعاملة الناس العميان من غير نكير وبان من اصله ان من لا يملك الشرا بنفسه […]
الاسرية لغيره فاذا احتاج الاعمى الى ما ياكل ولا يمكن من شرا المأكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه
من القبح ما لا يخفى ولنا انه اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل وفيه نظر لان قوله
صلى الله عليه وسلم لم يره سلب وهو يقتضي تصور الايجاب وهو انما يكون في البصير فالاولى ان يستدل
على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير نكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط
خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بجسه فخياره يسقط بجسه وان كان مما
يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات واما اذا كان شجرا او عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له
لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض ائمة بلخ يمس الحائط والاشجار فاذا باشر سبب العلم
او وصف له او وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروي عن ابي يوسف انه […]
وقد قال رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين واجراء
الموسى في حق الاعمى في الاصلع واطلاق الرواية يدل على انه يقول بذلك من غير اشتراط قال محمد في الجامع
الصغير قال ابو يوسف في الاعمى يشتري الشيء يقبضه ثم يقول قد رضيت قال له ان يرده والا كان في مكان
لو كان بصيرا رآه […] ثم قال قد رضيت […] ان يرده […] الفقيه قال ابو جعفر […]
في مكان لو كان بصيرا لرآه ومع ذلك يوصف له وهذا كالاول قال وبه ناخذ وقال الحسن يوكل بنفسه
وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له
ثم قال رضيت ثم ابصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشترى بصيرا ثم عمي
انتقل الخيار الى الصفة لان الناقل الخيار من النظر الى الصفة العجز وقد تحقق في ذلك كونه اعمى وقت
العقد وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية **قال** ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما قد تقدم ان في الجمع
بين الاشياء المتفاوتة الآحاد في البيع رؤية بعضها لا تعرف الباقي فلا بد من رؤية كل واحد منها
وعلى هذا اذا رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل
يردهما ان شاء كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم
مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولكونه عيبا بانه يملك المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضى
الرد فسخ من الاصل لعدم العلم بالصفات المعقود عليه فكان تفريق الصفقة […] فكان حديث نهي النبي
صلى الله عليه وسلم عن تفريق الصفقة […] يقتضي ردهما جميعا […] وهو قوله صلى الله عليه
وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار يدل على ان يرد الذي لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث النهي على
الخبر واجيب بان حديث النهي مطرد في جميع صوره […] كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب
او اعتق احد العبدين […] والمطرد راجح […] محرم والمحرم راجح على المبيح […] عن المنع لئلا
يلزم تكرار الفسخ وبان الرد لما كان غير ممكن […] احد الثوبين لا يكون رد […]
لانه اشترى ثوبين لا احدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الاولى […] النهي عن تفريقها مطلق
وتقييده بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر وهذا مرجوح والجواب ان النهي انما هو عن التفريق والتقييد بما
قبل التمام بالقياس على […] الصفقة فانه اذا وجد في البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في احدهما لما فيه
من الاضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الرديء الى الجيد […] بالجيد واذا علم ان البائع
من رد احدهما تفريق الصفقة قبل التمام يدفع ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق
احدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا تلف احدهما لا يتمكن من رد الآخر لان فيما نحن فيه رد احدهما يوجب تفريق الصفقة

قبل التمام لانها لا يتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم يتفرق على المشتري قبل التمام
لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم يتفرق على المشتري قبل التمام بل بعدت فيما
كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا او حلالا فاستحق بعضه كان له ان
يرد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن
في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤية
عليه رد الاخر لدفع ضرر يلزم البائع قال ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره
قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئته وهو عرض لا ينتقل الى الوارث فيما يشتغل به وكذا خيار
الرؤية وقد ذكرناه في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته قال ومن راى شيئا ثم اشتراه
بعد مدة اذا راى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه عليها سقط الخيار لان العلم
باوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبفوات العلم بالاوصاف يثبت الخيار فبقي العلم بالاوصاف
بتلك الرؤية فينتفي الاخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوبا
ملفوفا كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي فان له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما
استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان
المبيع مرئيا من قبل فلم يتغير كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن
شرط الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية
لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره فان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه
انما يكون بعيب او تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر متمسك بالاصل لان
سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع
البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر والاصل لزوم العقد فالقول قول المنكر مع يمينه والبينة
بينة مدعي الفاسخ قيل اذا بعدت المدة على ما قاله المتاخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه
حينئذ يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن شهد
له الظاهر فالقول قوله قال الامام شمس الائمة السرخسي وقال رأيت جارية شابة رآها فاشتراها بعد ذلك
بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير لا يصدق على ذلك وقوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية
متصل بقوله فالقول للبائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري
لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فالقول قوله مع اليمين قال ومن اشترى
عدل زطي العدل الكثير المثل ومنه عدل المتاع والزطي جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل
زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المصنف لانه لو لم يقبض لم يصح
فيه بيع او هبة فاذا قبضه وباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منه اي من الثياب الزطية
الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا هي
العدل وكذا اذا اشترى عدلا على خيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه او وهبه وذلك لان الرد تعذر فيما
خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر واما خيار
العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسألة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه
فلو عاد الثوب الذي باعه الى المشتري بسبب هو فسخ بان رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء او رجع في
الهبة فهو الى المشتري الاول او الواهب على خيار رؤية كذا ذكر برد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل
وهو تفريق الصفقة كذا ذكر شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه

لأن

لان الساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله تعالى والله اعلم بالصواب

باب خيار العيب

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه
اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد
يقتضي وصف السلامة اي سلامة المبيع عن العيب لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اشترى من عداء بن خالد بن هوذة عبدا وكتب في عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن
خالد بن هوذة عبدا لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الاشياء روى الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله تعالى الداء المرض في الجوف والكبد والرئة فان المرض ما يكون في سائر البدن والداء
ما يكون في الجوف والكبد والرئة وفيما روي عن ابي يوسف انه قال الداء المرض والغائلة ما يكون
من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي هذا تنصيص على ان
البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير
الرضا داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل
تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة
كان مستلزما له فاذا فات اللازم انتفى الملزوم والجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد
ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف وصف ا
العيب اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او تغيرا من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل
والزمانة والسن الشاغية والاصبع الساقطة واما ان يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة
كاستعمال العدم واتقاع الحيض في زمانه والزنا والدفر والبخر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف
والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن اما ان يقابل بالوصف والاصل او بالاصل دون الثاني
او بالعكس لا سبيل الى الاول والثاني لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث قوله
بمجرد العقد احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم وقوله ولانه لم يرض بزواله
دليل اخر على عدم جواز امساكه باخذ النقصان اي قيمته او ارشه وتقريره ان البائع لم يرض بزوال
المبيع عن ملكه باقل من المسمى وفي امساكه واخذ النقصان زواله بالاقل فلم يكن مرضيه وعدم رضاء
البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون الزاما على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما يخفى والمشتري
وان كان يتضرر بالعيب ايضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون تضرره فلا حاجة الى اخذ النقصان قيل البائع
اذا باع معيبا فاذا خير بين البائع يتضرر لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولاختياره وعلى هذا
فالواجب ان يثبت الخيار لهما او عدمه لهما واجيب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه ومارسه طول زمانه
فالظاهر علمه بصفته فيكون ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه واما المشتري فانه ما رأى المبيع فلو رآها
العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند
البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك اي رؤية العيب عند احدى الحالتين رضا بالعيب
دلالة قال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله وذكر المصنف رحمه الله

ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال كل ما اوجب نقصان الثمن في عادة
التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته
عرف اهله قال والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاه ما دون
السفر من المصر الى القرية او بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه
فيه سواء فلو ابقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس باباق وان ابقت منه ولم ترجع الى مولاها
عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان كانت لا تعلم فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو مميز
يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك واما اذا سرق درهما من مولاه او من غيره فكذلك لاخلاله بالمقصود
لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وقطع يده في سرقة مال الغير يكون عيبا بلا
تفرقة بين المولى وغيره الا في المأكولات للاكل فان سرقتها من مولاه ليست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء
من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب يرده به فاذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك واما
اذا اختلف وكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرده به لان سبب هذه الاشياء
تختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب قال والجنون في الصغر عيب ابدا معناه ان الجنون فارق
العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالين لان السبب في الحالين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن
في يد البائع في صغره يوما او ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره يرده وليس معناه ان المعاودة
في يد المشتري ليست بشرط كما مال اليه شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام وصور ابو المنتهى
باعتبار ان اثاره لا ترتفع وذلك يتبين في حالتي عينه لان الله تعالى قادر على ازالته بحيث لا يبقى
من اثره شيء والاصل في العقد اللزوم ولا يثبت ولاية الرد الا بالمعاودة وهو المذكور في الاصل والجامع
الكبير قال والبخر والدفر عيب في الجارية الدفر عيب وهو رائحة مؤذية تجيء من الابط والدفر بالدال
حدة الرائحة طيبة كانت او كريهة ومنه مسك اذفر وابط دفر وهو مراد الفقهاء من قولهم الدفر
في الجارية وكذلك في الزوالة والبخر رائحة الفم كل منهما عيب في الجارية للاخلال بما عسى يكون
مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون
فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه حينئذ يكون من داء والداء يكون نفسه عيبا والزنا وولد
الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثاني بطلب الولد فان الولد يعير
بزنا الامة ولا يخلان في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا ان يكثر ذلك منه على ما قال
المشايخ فانه يصير عادة ويحتاج الى اتباعهن وهو يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما اي في الجارية
والغلام لان طبع المسلم ينفر عن صحبته والنفرة عن الصحبة تؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان
الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارة اليمين والظهار عند بعض فيختل الانتفاع
فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد وان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرده
عندنا لانه زوال العيب كزوال الشجة بعد ان اشتراه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر
فيما اذا اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف المعتبر بحاله
وقال الشافعي يرده به لانه فات شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون
العلوج والجواب ان هذا امر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض
بان ارتفع حيضها في اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة اشهر
من وقت الشراء فيما روي عن ابي يوسف واربعة اشهر فيما روي عن محمد وسنتين فيما روي عن ابي حنيفة
وزفر رحمهم الله فهما ان الحيض لحبلها او للداء كان ذلك عيبا يرد به والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول

امرأة

مطلب بشهادة امرأة واحدة

امرأة واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الاطباء يقبل فيه قول العدلين وقال ابو المعين يكتفي
بقول عدل واحد منهم ويبدأ بان يكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض او على انضمام
الداء اليه لان الانقطاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت
ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في خلقة النساء
الحيض في العادة في اوانه والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت اقصى العدد وهو سبعة
عشر سنة ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء باطنا والداء عيب ويعرف ذلك اي
الارتفاع والاستمرار بقول الامة فانه اذا انكر البائع ذلك لا ترد عليه الا بحجة ولا يقبل فيه قول
الامة وحدها فيستحلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله
في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه
الخصومة فقط وعن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامة وبشهادة النساء لان
العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز ان ينفسخ بشهادتهن قال واذا حدث عند المشتري عيب اذا حدث
عند المشتري عيب بآفة سماوية او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بنقصان
العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر او سدس
او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لخروج المبيع عن ملكه سليما
من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به والاضرار ممتنع ولا بد من دفع الضرر عنه اي عن البائع وعن
ان يعود الى المشتري لانه ايضا يتضرر بالعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق
صالح للدفع فتعين مدفعا الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه القديم فان قيل من قولكم الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن
وهنا كذلك كما مر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي
هو عيب حادث لا يقال البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الرجوع جابرا للمشتري
في دفع الضرر لان البائع غير مدلس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ
المغصوب فكان في نوع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار البائع لا بفعل
باشره وفي عدم الرد وان كان اضرار المشتري لكن بفعله باشره فكان اسوأ فاعتبرنا ما هو انظر لهما قال
فان قال البائع انا اقبله كذلك فله ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به فكان انسب لما الحقه
فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد امعاءه فاسدة
فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند ابي حنيفة اجيب بان النحر افساد للمالية لصيرورة البعير
به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع فان باعه
المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لانه يمكن ان يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم
يكن الرد ممتنعا برضا البائع فاذا المشتري يصير بالبيع حابسا للمبيع ولا يرجع بالنقصان اذ ذاك
رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم
اطلع على عيب رجع بنقصانه لان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على
الاصل بدون الزيادة او عليه معها ولا سبيل الى شيء من ذلك اما الاول فلانها لا ينفك عنه واما
الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق
الشرع لكونه ربا فليس للبائع ان يقول انا اقبله فتعين الرجوع بالعيب وفي فسخ العقد في الزيادة ممكن
تبعا للاصل لان الزيادة ههنا تحصلت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة فاعلم

لان الارتفاع

ومن اشترى ثوبا فقطعه التدليس في البيع كتمان عيب السلعة عن المشتري

مدفوعا للضرر والاشكال الزيادة المتولدة من المبيع كالسمن لا يمنع الرد بالعيب

أن الزيادة إما متصلة أو منفصلة وكل منهما إما متولدة من المبيع أو غير متولدة فالمتصلة
المتولدة كالجمال والحسن لا تمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة يمنع عنه
بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر يمنع منه كما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب
لا يمنع لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف
الولد والفرق بينهما أن الكسب ليس بمبيع بحال ما لأنه من المنافع والمنافع غير الأعيان وكذلك منافع
الحرمة لا وإن لم يكن لهما إلا الولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن يسلم له مجانا لما فيه
من الربا فإذا باع المشتري الثوب المخيط والثوب المصبوغ بالحمرة أو السويق الملتوت بالسمن بعد
ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو
كان البيع قبل الخياطة كان حابسا والأصل في ذلك أن كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك
المشتري ويمكنه الرد وإن رضي به البائع فإذا أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وعن هذا
لما قلنا أن المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا إن
من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لأن التمليك
حصل قبل الخياطة لأنه لما قطعه لباسا للولد كان واهبا له وقابضا لأجله فتم الهبة بنفس الإيجاب
وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبائع أن
يقول أنا أقبله كذلك فيكون باعتبار أن القطع للولد الصغير فهو كالبيع له فصار حابسا للمبيع فيمتنع
الرجوع بالعيب وهذا نظير ما إذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة
لا يحتاج إليه إلا أنه ذكرها لمقابلة الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب لأن
القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة
فالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله وعن هذا قلنا إذا باعه
بعد الخياطة والصبغ واللت ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع
بالنقصان أما الموت فلأن الملك ينتهي به أي يتم وكلما انتهى فقد لزم والامتناع الرد وفيه
إضرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فإن قيل قوله والامتناع حكمي
لا بفعله يدل على أن الامتناع إذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما إذا أصبغ الثوب
أحمر فإنه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب أجيب بأن الامتناع هناك بسبب وجود الزيادة
في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا ورد بأنه يجب أن
يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق أن يقال في الجواب علم الرد في الصبغ
بما حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع
بفعله وذلك يمنع الرجوع لأنه لما اكتسب سبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكأنه في يده يحبسه ويريد
الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلا
للملك وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى وقت الإعتاق والموقت إلى وقت ينتهي بانتهائه فكان الإعتاق إنهاء كالموت
قوله وهذا لأن امتناع الرجوع بنقصان العيب عند الإنهاء لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك
باق والرد متعذر فصار كما لو تعذر الرد لا يرتد الولاء الثابت بالعتق والولاء من آثار الملك فبقاؤه كبقاء
أصل الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلة الإعتاق لأن النقل إلى ملك البائع يتعذر بالرد بالأمر
الحكمي مع بقاء المحل والملك فإن قيل كيف يكونان كالإعتاق وهما ليسا بإنهاء فالجواب أنه إنما يحتاج إليه
لتقرير الملك لجعل ما لم يكن كائنا وههنا متقرر فلا حاجة إليه وإن أعتقه على مال أو كاتبه لم يرجع

بشيء

بشيء لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة أنه يرجع لأن الإعتاق إنهاء للملك وإن
كان بعوض لأن المالية فيه ليس بأمر أصلي بل من العوارض ولهذا تثبت الولاية وإن قتل المشتري
العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه
يرجع وذكر في الينابيع قول محمد معه لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي يعتد به
كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر أن القتل
لا يوجد إلا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الإسلام دم مفرج أي مطل وسقوط
القصاص والدية عن المولى بقتل عبده إنما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك
عوضا بخلاف الإعتاق فإنه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن أحد
الشريكين إذا كان معسرا انعقد خاليا عن الضمان فلم يصر به مستفيدا فيمنع الرجوع وإذا كان
المبيع طعاما فأكل كله أو ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحسانا وعندهما
يرجع لأنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق ولأبي حنيفة
رحمه الله أن الرد تعذر بفعل مضمون منه من المشتري في المبيع كما إذا باع أو قتله وذلك لأن
الأكل واللبس إنما يكون مضمونا في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة العوض سالما له والجواب
عن قولهما إنه لا معتبر بكونه مقصودا لأن البيع مما يقصد بالشراء وهو يمنع الرجوع بالاتفاق وإن
أكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض
وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لأن الطعام
في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه والأكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فأكل البعض أولى وفي
رواية يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض فهو كما ذكر الرد في البعض فيها روايتان في أحدهما لا يرجع
بشيء كما هو قول أبي حنيفة وهو مذكور ههنا لأن الطعام شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي
الأخرى يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض ولكن يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل
قال ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو جوزا أو شيئا من الفواكه فكسره غير عالم بعيبه فوجد
الكل فاسدا بأن كان منتنا أو مرا أو حامضا بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا لعلف الدواب ولم
يتناول منه شيئا بعد ما ذاقه فله أن يرجع بثمن كله لأنه تبين بالكسر أنه ليس بمال إذ المالية تمنع
به إما في الحال أو في المآل والمذكور ليس كذلك وتغليظ من القيود بأضدادها فإنه إذا كسر عالما
بعيبه صار راضيا وإذا صلح لبعض الناس أو الدواب أو وجد قليل الانتفاع من العيوب لا من
الفساد وإن تناول منه شيئا بعد ما ذاقه صار راضيا وإذا لم يكن مالا لا يكون محلا للبيع فيكون
باطلا فإن قيل التعليل صحيح في البيض لأن قشره لا قيمة له وأما الجوز فربما يكون لقشره قيمة
في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز أن يكون العقد صحيحا في القشر بحصته
الحال ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب إليه بعض مشايخنا أجاب المصنف بقوله ولا معتبر في
الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر وإذا كان اللب
بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوجدنا بالكسر مدة ذكر بعض المشايخ أنه يرجع بنقصان العيب
وهذا الفصل يجب أن يكون بالاخلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه
وإذا كان مما ينتفع به في الجملة لا يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر
الإمكان من الجانبين وقال الشافعي يرده لأن الكسر كان عيبا حادثا لكنه بتسليطه قلنا التسليط
على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لأنه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا في ملك المشتري فصار

حكم دنيوي قتل المولى عبده

حدث لعدم ولايته عليه قضاء كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجد به عيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع
وان حصل التسليط منه لكونه هدرا ولو وجد البعض فاسدا فالفاسد اما ان يكون قليلا كالاثنين
في المائة او كثيرا فما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له ان يخاصم البائع لاجله لان عند
الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد في الجوز عادة ولا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز
ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والقن **قال** ومن باع
عبدا فباعه المشتري ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فاما ان قبل بقضاء القاضي
او بغير قضائه فان كان الاول فاما ان يكون باقرار ومعنى القضاء في هذه الصورة ان الخصم ادعى
على الاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك فاثبت الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التأويل لانه اذا لم
ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى البينة بل يرد عليه باقراره بالعيب وحينئذ ليس له ان يرده على بائعه
لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب **قوله**
غاية الامر اشارة الى جواب ما يقال اذا ادعى العيب ليس له ان يدعي على البائع الاول لانه يكون
كالساعي في نقض ما تم قضاء ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء
القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم جاء
انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن **قوله** وهذا بخلاف الوكيل
اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه
الرد على المشتري ليس ردا على البائع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرفعه على الوكيل
رفع على الموكل وفيما نحن فيه بيعان وبرد احدهما لا يرتد الآخر وان كان الثاني فليس له ان
يرده لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني
على الاول بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض
بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل قضاء كان او غيره كالرد بخيار الشرط او خيار الرؤية وصرح بذلك وضع الجامع
الصغير ليبين ان الجواب في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة او الثاني قصد وفي عيب يحدث مثله كالقرح
والامراض سواء وان كان يتيقن ان العيب كان عند الاول فرده بغير قضاء فله ان يرده على بائعه لتيقن
بوجوده في يد البائع نصا الذي ذكر في بعض روايات بيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان
الرد بغير قضاء اقالة لاعتماد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود الملك
المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه **قال** ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن
حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان اقام المشتري البينة فهو
ان شاء رد او دفع الثمن او المبيع ويستشكل بهذه العبارة لانه جعل غاية لحكم الاجبار اما يمين البائع او بينة
المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان
باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به واجيب بانه من باب علفتها تبنا وماء باردا وتقديره
وسقيتها ماء باردا وبان يجعل الكلام متضمنا للانقطاع بتضمين كلمة الغاية فيقال لا يجبر على دفع
الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي يحكم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام
وهذا مثل قول من قال في البيع قولها علفتها طعمتها فانه يستعمل في السقي كما يستعمل الطعم في
معنى الشرب قال الله تعالى فمن لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشربه وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار
وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية والحق ان الاشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس
بلازم **قوله** لانه انكر وجوب دفع الثمن ولا تتعين الا بتعيين حق البائع بازاء تعيين المبيع حيث انكر تعيين حقه

~~في المبيع لان حقه في التسليم فقد انكر عليه وجوب دفع الثمن اولا تتعين الا بتعيين حق البائع بازاء تعيين~~
~~المبيع حيث انكر تعيين حقه في المبيع لان حقه في التسليم فقد انكر عليه وجوب دفع الثمن اولا~~
وفي انكاره العلة انكار المعلول فلا ينتصب خصما ولا بد حينئذ من حجة وهي اما بينة او يمين البائع
فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار يقتضي اسناد اليمين اليه لا الى اقامة
البينة بالحديث فالجواب ان الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع يدعي ما يوجب دفع الثمن
اولا وان كان في الصورة منكرا **قوله** لانه لو قضى بالدفع لعله يظهر يتضمن جواب ما قيل الموجب
للجبر وهو البيع مع القبض محقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض
المحقق وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوما لكن يجب على القاضي اعتباره صونا
لقضائه عن النقض فانه ان قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء **قال** فان قال المشتري
شهودي بالشام وطلب من المشتري اقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب يستحلف البائع
فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبائع فان قيل في الزام المشتري دفع الثمن ضرر
ايضا اجاب المصنف بقوله وليس في دفع الثمن كثير ضرر به لانه على حجته يعني هو يتمكن من اقامة
البينة عند حضور شهوده وفيه بحث من وجهين الاول ان ما قيل في بقاء المشتري على حجته بطلان
قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع موقوفتان بحضور
الشهود فكيف كان احدهما مبطلا والآخر دونه والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى باداء
الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود
يحتمل ان يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله فيتحير واذا طلب المشتري يمين البائع فنكل لزم العيب
لان النكول حجة في ثبوت العيب بل هو حجة في غير الحدود والقصاص اجماعا وعن القول
في الاشياء الستة عند ابي حنيفة رحمه الله **قال** ومن اشترى عبدا فادعى اباقا اذا ادعى المشتري اباق
العبد وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه
ابق عنده سمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان
قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا او الابراء وان انكر وجوده عنده او ادعى اختلاف الحالة قال
القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف
انه لم يابق عنده واما التحليف قبل اقامة المشتري البينة لان القول للبائع لكونه منكرا لكن انكاره
انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري لان السلامة اصل والعيب عارض ومعرفته انما تكون
بالحجة وفيه بحث من وجهين احدهما ان البينة انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس
بمدع بل اذا ادعى العيب في يد البائع والثاني ان سلامة الذمة عن الدين اصل والشغل به عارض فكان
السلامة مثل اصل والعيب عارض فاي فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على آخر دينا وانكر
المدعى عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال واجيب
عن الاول بان اقامة هذه البينة من تتمة اقامة البينة على ان العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من
ذلك الا بهذه فكانت من المدعي اعتبارا وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاحتاج الى بينة
لم يتوسل المدعي الى اثبات حقه لانه ربما لا يكون له بينة او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها لموت او غيبة
بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الى اثبات حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد امكن اثباته
بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء او النساء واذا ظهر هذا
فاذا اقام المشتري البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان العيب قد يكون بعد

البيع قبل التسليم وهو يمكن موجب الرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف
بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا لجواز ان يحدث العيب بعد
البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا فعند وجوده في احدهما يكون
بارا لان الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري وانما قال يوهم تعلقه بالشرطين اشارة الى التاويل
البائع وذلك بعينه ليس بصحيح ولكنه موهم لذلك بما ذكر لان شمس الائمة ذكر عن العبارة في
التحليف وقال لا يأثم قائله النظر للمشتري بعدم اذا استحلفه بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور
ثم قال والاصح عندي الاول لان البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن
العيب متمكنا في الحالين جميعا وعلى هذا فلقائل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال لا يحلفه
بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وعلله بانه يوهم تعلقه بالشرطين فيما قوله وقال انما
قال يوهم لان ذلك التاويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التاويل صحيحا كان التحليف به جائزا وهو ينافي
قوله لا يحلفه الا اذا حمل النفي على الوجه الاصح فيستقيم فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف على فعل
الغير انما يكون على العلم دون البتات فالجواب انه التحاق على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود
عليه سليما كما التزمه وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك
اما اذا ادعى ان له علما بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك ~~يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك~~
وان لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما يعلم انه ابق عند المشتري
هل له ذلك او لا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة وهو المذكور في النوادر ذكره
الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسألة لهما ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة
وكل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف احترازا ولابي حنيفة على قول من يقول لا يحلف على مذهبه
ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا يصح الدعوى من خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري ههنا خصما الا بعد
قيام العيب بالحجة الشرعية وتحريرها ولا نسلم ان كل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف
فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا يستلزم الدعوى فضلا عن صحتها كما قد
تقدم على ما لا دعوى فيه اصلا كما في الحدود بخلاف التحليف والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة
وكان مقتضيا سابقة الخصم ولا يكون المشتري ههنا خصما الا بعد اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت
كما تقدم واما البينة فهي مشروعة لاثبات كونه خصما فلا يستلزم كونه خصما واذا نكل عن اليمين
حلف ثانيا للرد على ما تقدم قال المصنف رحمه الله ان كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ
الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق
البائع لانه اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق عند البائع في حال الصغر ومثل هذا الاباق
غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين الكاذبة فيقضي عليه بالرد فيتضرر به قال ومن اشترى
جارية وتقابضا ومعنى تقابضا تقابض الثمن والمبيع فوجد المشتري بها عيبا فاراد البائع
تخصيص اليمين على تقدير الرد فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول
المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض لانه اعرف بما قبض كما في الغصب فانه
اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في المغصوب فقال المغصوب منه غصبت مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا
فالقول قول الغاصب لانه القابض وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض في مقداره بان
كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احداهما فالقول قول المشتري
لما بينا ان الاختلاف في مقدار المقبوض فالقول قول القابض ههنا اولى لان كون المبيع شيئين امارة

ظاهرة

ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق **قال** ومن اشترى عبدين صفقة واحدة
رجل قال لاخر بعتك هذين العبدين بالف درهم فقبل وقبض احدهما وهو سليم ووجد بالاخر عيبا فانه
ليس له ان يرد المعيب خاصة بل يأخذهما او يدعهما جميعا لان الصفقة تتم بقبضهما الا ان يتصرف
المشتري بالبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ وما يتم به الصفقة فيقبضهما فيه
لا يتم لتوقفه على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو لا يجوز كما
ذكرنا يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم
قبله وهذا اي التفريق في القبض لا يجوز لان للقبض شبها بالعقد من حيث ان القبض يثبت ملك
التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد فكما لو قال بعت منك هذين العبدين
فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا **قال** ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه قالوا في شرح الجامع
الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء قال ويروى عن ابي يوسف
انه يرده خاصة ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة
والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فيو حبس البيع لاجل الثمن فانه
لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالاخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما
عيبا ان يرده خاصة وقال زفر لا يرده كما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر
اذ العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض بجامع دفع الضرر واشبه خيار الرؤية والشرط ولنا
ان الصفقة لا تتم الا بالقبض فيما علمنا مما مر في خيار الرؤية ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل
القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض على صفة
السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما لزم من تدليسه
فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لوجود تدليس منه
لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز وقيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع
كالعبدين اما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد
الف احدهما بالاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكنه رد المعيب خاصة **قوله** ولهذا اي ولان الصفقة تتم بعد القبض
ولا تتم قبله لو استحق احد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري ان يرد الاخر بل العقد يلزم فيه لانه
تفريق بعد التمام **قال** ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا اذا كان قبل القبض فذلك
الاعيان وبعده يجوز في غير المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء
واحد او في وعائين على اختيار المشايخ وقيل اذا كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب
خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع ووجه الظاهر انها اذا كان من جنس واحد فهو كشيء
واحد اسما وحكما اما الاول فلانه يسمى باسم واحد ككر حنطة وقفيز ونحوهما واما الثاني فلان المالية
والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة لانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل
رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد وفي الشيء الواحد اذا وجد بعضه ليس له الا رد الكل او امساكه ولان
رد المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة
رد بعيب زائد وليس له ذلك فانه لو كان كذلك وجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد
القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع والجواب انه احدى الروايتين عن ابي حنيفة ساقط
وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لانه تبعيض المعيض لان استحقاق البعض
لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانهما في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع

اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا

لا يوجب ضررا بخلاف ما اذا وجد بالبعض عيبا وميّزه ليردّه لان تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة
عيب وبخلاف الثوب الواحد فانه لا يتعيّب بمرة والشركة عيب فيه وان لم يرد فلم يبق الا ردّ الكل او الامساك قال
والاستحقاق لا يجوز ان يكون جواب سؤال التعريض انتفاء الخيار في ردّ ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل
التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها
برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك
ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي
تمام رضى العاقد لا المالك وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض واما اذا
كان قبله فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام ضمنا ارشادا الى ان تمام الصفقة يحتاج الى رضاء
العاقد وقبض المبيع وانتفاء احدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا وقد قبضه المشتري ثم
استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في ماليته والانتفاع
به وان قيل حدث بالاستحقاق عيب حادث في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب اجاب المصنف
بقوله وقد كان وقت البيع يعني ان الشركة كانت في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون
مما نحن فيه بخلاف المكيل والموزون فان التبعيض لا يضر فيهما حتى لا يضر وقوله كلام المصنف يحتمل
ان يكون العيب والاستحقاق سيين قبل القبض في جميع الصور لا فيما يكال او يوزن او غيرهما اما العيب فظاهر واما
الاستحقاق فلقوله اما اذا كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام ويحتملهما
بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في العبدين ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان
يرد الاخر وكذا في المكيل والموزون رد كله او اخذه ومراده بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار
له في رد ما بقي قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها المشتري او كانت دابة فركبها
لحاجته فهو رضا بالعيب لان ذلك دليل قصد الاستبقاء لان المداواة لازالة العيب وهو يمنع الرد
لان نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك ودليل الشيء في الامور
الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك كالصبغ وله ذلك بعيب اخر لان الرضا بالعيب لا يستلزم
رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا
وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس ذلك برضا اما الركوب للرد فلا
فرق فيه بين ان يكون له بد او لا لان في الركوب ضبط الدابة وهو احفظ لها من جرها وفي غيره اخر
اما للسقي والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا او لعجزه عن المشي لضعف او كبر
او لكون العلف في عدل واحد اما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين او لكون العلف في عدلين وركب كان
الركوب رضا لان حمله حينئذ يمكن بدون الركوب قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري لا
وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان يرده ويأخذ الثمن كله وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن
عند ابي حنيفة وقالا لا يرده ويرجع بنقصانه بان يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا
قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد والردة لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل
وهو لا ينافي المالية لانه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فتكون المالية باقية
فينفذ العقد فيه لانه بعينه لكنه متعيب فتعذر الرد فيرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد اما
في صورة القتل فظاهر واما في صورة القطع فان يد المقطوع وقع في يد المشتري وهو غير الموجب فكان
العيب حادثا في يد المشتري مانعا عن الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا
ولم يعلم بالحمل وقت الشراء ولا وقت القبض فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها

حاملا

حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجود في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب والوجوب
يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كما لو استحق والمستحق لا يتناوله
العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله او لانه مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن اذا
ردّه كما لو استحق بعض العبد فردّه فصار كما اذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فردّه
على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب والجواب عن مسئلة الحمل
انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت
من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشتري وان سلمنا فنقول لم يوجد سبب الموت هو
المرض المتلف وهو حصل عند المشتري وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن
استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى علة
العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه صارت المالية كانها مستحقة واما اذا
مات في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء لتقرر الهلاك في ضمان
المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره
كمن له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حق الاستيفاء حتى لو قتل من عليه
القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص قال ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري
اي اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا
انفا وعند ابي حنيفة لا يرده الا برضا البائع للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم
الامر لا يخلو من ان يقبله البائع كذلك وان لا يقبل فان لم يقبل يرجع بثلاثة ارباع الثمن لان اليد من الانسان نصف
الادمي وتلفت بالجنايتين وفي احديهما الرجوع على البائع فيتنصّف فينقسم النصف عليهما نصفين والنصف
الاخر يرجع فيه على البائع لرده الجنة له فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب
كان عند البائع فقبله البائع كذلك يرجع المشتري عليه بجميع الثمن ولم يكن ههنا كذلك اجيب بان
هذا على قول ابي حنيفة نظرا الى انه يجري مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل لما تكرر
ما تقدم انه يجعل العيب استحقاقا يستوي ذلك قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي اوقع
الاختلاف ههنا قلت بلى لكن ليس كلامنا الا فيما بالقطع يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب هنا
بمنزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فيصح ان يكون شبه بين مالكين فيه والاستحقاق يكون
العقد عرضا والمستقص القبض من الاصل لما مر انفا قال ولو تداولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من
العبد في يد البائع اولا ولو تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع اليد في يد الاخر ترجع الباعة وهو جمع بايع
كالحاكة في جمع حائك بعضهم على بعض عند ابي حنيفة كما في الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير
على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه لانه في العيب لا يتعين له وهذا لان المشتري الاخير يصح باسا حتى لو
بيعه ولا كذلك الاخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب لما تقدم قوله وقوله في الكتاب اي قول
محمد في الجامع الصغير فلم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان عندهما يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب
رضا به ولا يفيد على قول ابي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله في
الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة في الصحيح انه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق
ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه
بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم به لانه انما جعلناه كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين
علم به واشتراه وقال شمس الائمة اذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي ظاهر الرواية عن ابي حنيفة يرجع بالثمن

الضالة اذا قتل عنده لانه هنا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح انه يرجع جهل او علم سواء لانه من قبيل
الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لانا سلمنا ان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع
لكن لا نسلم ان العلم بالقتل لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه اجري مجرى
الاستحقاق ونزل منزلته لا حقيقته لان في حقيقته يبطل البيع والجواب ان كونها اصحا وصحيحا يجوز
ان يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز ان يكون من حيث صحة النقل وشهرته من
الدليل وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا بانه بمنزلة العيب او انه عيب من وجه وان كان
كذلك فلا يلزم ان يكون له حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاخذ
مجراه قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب صح وان لم يسم العيوب ويعددها او لا علمه البائع او لم يعلمه
ووقف عليه المشتري او لم يقف او لا موجودا كان عند العقد والقبض او حدث بعد العقد قبل القبض عند
ابي حنيفة وابي يوسف في رواية وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن ابي يوسف وقول
زفر والشافعي ومالك وقال زفر اذا كان مجهولا لا يصح البيع ويفسد الشرط وقال الشافعي لا تصح البراءة عن كل عيب
ما لم يقل عن عيب كذا او عن عيب كذا وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم
يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانيقي فقال ابو حنيفة
ارايت لو باع جارية في الملاهي منها عيب كان يجب على البائع ان يري المشتري ذلك الموضع منها اتراه يريد ان
يعرض حرم امير المؤمنين او باع عبدا برأس ذكره برص اكان يلزمه ان يري المشتري ذلك الموضع وما زال ابو حنيفة يحتج حتى
ضحك الخليفة مما صنع به وكان الشافعي يقول اذا باع بشرط البراءة عن كل عيب فالبيع فاسد وفي قول اخر
له البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في الابراء معنى
التمليك حتى لو ابرأ المديون عن دينه فرده ارتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الابراء
اسقاط الا ترى انه يصح من غير قبول ولهذا لا يتوقف على القبول واسقاط المجهول يصح كما لو قال لعبيده احدكم حر
والتمليك لا يتم بدونه والاسقاط لا يفضي الى المنازعة لان الجهالة انما تبطل التمليكات
لفوات التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في ضمنه التمليك اشار اليه بقوله لا يفضي الى المنازعة
وتقريره ان ذلك لانه من معنى التمليك والمسقط متلاش لا يحتاج الى التسليم وجه قول محمد ان البراءة
تتناول الثابت حالة العقد لان ما يحدث مجهول لا يعلم حدث ام لا واي مقدار حدث عن صفة السلامة
ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث فان قيل لو نص على الحادث فقال بعتك
بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد بتنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة
قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد ولئن سلمناه ولكن الفرق بان ظاهر
لفظهما كذا وكل العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا
يدخل قصدا كالحوالة بعد قوله انما يحدث مجهولا ثم مثله من الجهالة غير مانع في الاحتياط كما تقدم قوله ويدخل في هذه
البراءة احترازا عما لو قال بعت هذا العبد على اني بريء من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع
لانه قال به فاقتصر على الموجود

باب البيع الفاسد

البيع الفاسد تأخر عن الصحيح لانه محتاج الى تبيينه ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا
عليه وعلى الباطل والكراهة لكثرة وقوعه وتعدد اسبابه فالباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا
يصح وصفا وكلما اورث خللا في ركن البيع فهو مبطل له او وقع في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين
به والانتفاع المقصود منه والاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا التفصيل المسائل
المذكورة في الكتاب قال واذا كان البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف انفه والدم والحر باطل لانعدام
الركن وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوي وقيد الميتة
بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وامثالها فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باع ذلك فيما
بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف انفها فان بيعه فيما
بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلا استغراق كل عمومه
في بياعات المسلمين وغيرهم وفي البيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة وهو مبادلة المال بالمال فانهم
اي المذكورين من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض اهل الكفر واما اولنا ذلك لانهما مال عندنا بالاحلاف
لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل تقومهما في حق المسلمين لئلا يتمولوها كما ابطل قيمة الجودة بانفرادها
في المكيل والموزون ولو اراد بقوله عند بعض المسلمين لم يحتج الى تاويل لكنه خلاف الظاهر قوله والباطل
لا يفيد ملك التصرف فيه باطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون امانة
عند بعض المشايخ الى نظر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة نص على ذلك في الشرح الكبير
نقله ابو المعين في شرح الجامع الكبير لان العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض باذن المالك امانة وعند
بعض اخر شمس الائمة السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد انه يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى
حالا من المقبوض على سوم الشراء لوجود صورة العقد ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة
فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشراء هو ان يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة
اما اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث في العيون قيل وعليه الفتوى
وقال محمد بن مسلمة البلخي الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما سنذكره ان شاء
الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات
واما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر في المأذون انه لا يملكه فلو اذاه يجوز اعلى
ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير فاما اذا كان شيئا يملكه بنقيض الثمن منه يكون
اذنا بالقبض فانه قيل لو افاد ذلك الملك لصح الوطء للمشتري وطء جارية اشتراها شراء فاسدا وجاز اخذ الشفعة
للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسد ويحل اكل طعام اشتراه كذلك لان الملك مطلق له لكن ليس له ذلك
فالجواب انا لا نحل وطؤها واكله ولا تثبت الشفعة فيما ذكرت لان في الاشتغال بالوطء والاكل اعراضا عن الرد
وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتاكيده فلا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للاذن
في المشتري شراء فاسدا فذهب العراقيون الى انه مبني على تسليط البائع على ذلك لا على ملك العين كما ذكرنا
بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك العين لملك الامور المذكورة وملكها وذهب مشايخ بلخ الى ان جواز
التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما اذا اشترى دارا شراء فاسدا ثم ردها على البائع ويجب
عليه الشفعة ولو باع الاب والوصي عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشتري ثم اعتقه جاز عتقه ولو كان
عتقه على وجه التسليط لما جاز لانه لا يعتقه الا بتسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك
العين واجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل فهو لا يمتنع اذا كان مفيدا للملك ثم عند اتصال القبض به ان
المبيع مضمونا في يد المشتري فيه اي في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في اول الفصل
الذي يلي هذا الباب قوله وكذا بيع الميتة يعني كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء الا انها

ومن باع عبدا بشرط البراءة عن كل عيب فليس له ان يرده بعيب

٣٥١

بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المراد هو القبض
لا الدخول في العقد ويمكن المصير الى ابي حنيفة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الحالة الحقيقية
في محل يقبل الحقيقة وفيهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا يلحق الجهة بها فصار كالمكاتب في
كونه غير قابل للحقيقة قوله ولو ليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول
لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان تكون عائدة الى غيره كثبوت حكم البيع فيما ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد
بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشتري من المشتري فانه ينقسم الثمن على قيمتهما فياخذ
المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا **قال** ولا يجوز بيع السمك
قبل ان يصطاد وبيع السمك قبل الاصطياد بيع ما لم يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده والقاه في
حظيرة فلا يخلو اما ان تكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بحيلة والحيلة فان كانت كبيرة لا يجوز
لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشتري فله خيار
الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كانه اشترى ما لم يره قوله الا اذا اجتمعت
استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها
ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى من المأخوذ الملقى في
الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها اما لو اجتمع
في ملكه كما لو باض الطير في ارض انسان او فرخت فانه لا يملكه لعدم الاحراز ولا يشكل بما اذا عسل
النحل في ارضه فانه ملكه لانه صار من انزاله ويملكه من غير ان يحرزه او يهيئ له موضعا لان العسل اذا كان قائما
بارضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها
فانها ليست ثابتة على وجه القرار **قال** ولا بيع الطير في الهواء بيع الطير على ثلاثة اوجه الاول بيعه في
الهواء قبل ان يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده وهو ايضا
لا يجوز لانه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمام وهو ايضا لا يجوز في الظاهر وذكر في
فتاوى قاضيخان وان باع طيرا له في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف
جاز بيعه والا فلا **قال** ولا يجوز بيع الحمل اي الجنين ولا النتاج وهو حبل الحبلة وقد نهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة والنتاج في الاصل مصدر نتجت الناقة بالضم وكذا المنتوج
هاهنا والحبل مصدر حبلت المرأة فهي حبلى فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وانما دخلت عليه التاء
اشعارا بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى وانما كانوا في الجاهلية
يتعاملون ذلك فابطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوي عنك علمه قال في المغرب
في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدري ايكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء واللبن
في الضرع لا يجوز لوجهين لانه للغرر لجواز ان يكون الضرع منتفخا بطن لا بلبن والغرر منهي عنه وللنزاع في كيفية
الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بان يترك داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة
والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بغيره بما ليس بمبيع من ملك
البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لانه من اوصاف الحيوان
لان ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه
فيجوز بيعه ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز
بيعها اجاب بانها تزيد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط بخلاف الصوف فانه ينبت من اصله فان قيل
القصيل كالصوف وجاز بيعه اجاب بان القصيل يمكن قلعه فلا يقع النزاع فيه من حيث القطع ...

ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو اما ان يكون بالدين كالدراهم والدنانير
او بالعين فان كان الاول فالبيع باطل لانه لا ينعقد في الخمر لانها ثمن وان كان الثاني فالبيع فاسد فيملك ما يقابل
الخمر وتعتبر ثمنا لما ملك بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال في كلتا الصورتين عند اهل
الذمة الا انه غير متقوم اي غير معتبر قيمته لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا
اعزاز له فلا يكون متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا اي بجعله مبيعا اعزاز له
خلاف المأمور به وبيانه بما ذكر بقوله وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة
لانها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف المأمور به فيسقط التقوم اصلا لئلا يفضي
الى خلاف المأمور به وحينئذ يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر فلم يكن ذكرها لنفسها
بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها واخلاف ما امر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب
لان البائع لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية ترجح جانب
الفساد على جانب البطلان صونا لتصرف العاقل عن البطلان بقدر الامكان **قال** وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد
اي باطل وانما فسره بذلك لئلا يتوهم انه ينعقد الملك بالقبض والامر بخلافه والدليل على ذلك
ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك
منافاة لاحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها فينتفي الاخر
لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق والتزمتم تخلفه عنه فحمله على المجاز لان المراد
بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين بقاء سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع
لتنافي اللوازم فان الملك مع الحرية لا يجتمعان وكذلك سبب الحرية والبيع واحد المتنافيين وهو سبب
الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان اما ان يكون ثابتا مطلقا او ثابتا بعد الموت والاول باطل
لانه يستلزم اعمال اللفظ المتكلم العاقل البالغ والاهمال لا يجوز والثاني ايضا لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية
فمتى قلنا انه ينعقد سببا في الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه
لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لان استحقاق اليد اللازمة في حق المولى لا بقاء لا زمه في
حق المكاتب لعدم قدرته على فسخها بتعجيز نفسه فان قيل لو بطل بيعها لحق الحرية لابتلال لعدم حقيقتها والفرق بينهما
بين وهذا خارج بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من التعليم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك
دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فيبقى الثمن مخصصا من الثمن والبيع
بالحصة يجوز بخلاف الحر فانه لا يدخل تحت العقد لعدم المحلية **قال** ولزم البيع بالحصة ابتداء فانه ما طلب في ما يجيء
ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه برضاه انفسخ الكتابة
وجاز البيع وروي في النوادر انه لا يجوز وان المراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتنصيص المذكور في التدبير
خلاف الشافعي رحمه الله وقد تقدم بيانه وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة
وهكذا الشرع على تمامه بالروايتين في حق المدبر وروي المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما
يضمن بالغصب واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم
لماليتها والفرق لابي حنيفة بان ضمان الغصب من حيث الاخذ ضمان القبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع
لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار واذا لم يكن محلا للبيع لم تعتبر هذه الجهة تبقى قبضا باذن المالك فلا
يجب الضمان لهما انه اي كل واحد من المدبر وام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وام الولد يدخلان تحت العقد
في حق ما يضم اليهما في البيع لما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم
الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع فيما يضم اليهم موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله

ويعه من حيث القطع فيقلع كاما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يتعهد فيه العلم اي النتف فبعد ذلك يقع
التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن
في اللبن وهو حجة على ابي يوسف اذا باع جذعا في سقف او ذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعيض
كالقميص لا الكرباس فانه لا يجوز لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا
يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في تبعيضه ضرر كبيع عشرة دراهم
من نقرة فضة وذراع من كرباس فانه يجوز لانتفاء العلة ولو لم يبين الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر
والجهالة ايضا ولو قلع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد
وهو الضرر ولو باع النوى في التمر او البزر في البطيخ لم يصح وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا
اي هو شيء مغيب في غلافه وهو جائز اجيب بان تجويزه باعتبار صحة اطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به
فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها انما يقع العقد على الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فيصح العقد
اعمالا للتصحيح لفظه واما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا يطلق
عليه اذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا فما هو المذكور
ليس بمبيع وعلى قول من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لم يره ان ذلك عرف في اصول الفقه قوله اما الجذع
عين موجود اشارة الى تمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين في السقف بان الجذع معين موجود
اذ الغرض فيه والزيت والنوى ليس كذلك فانه قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو
ذبح الشاة وسلخ جلده وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وكذا
بيع اكارعها واكارعها اجيب بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بالعين اتصال خلقة فكان تابعا له
وكان العجز عن التسليم هناك معنى اصليا لا لانه اعتبر احكما لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد
واما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمي
لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ويجب تخصيص العلة والفرق
من لا يرى كما تقدم قال وضربة القانص اي الصايد يقال قنص اذا صاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد
بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها ومنه نهى عن ضربة القانص وفي تهذيب الازهري
عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلي وهو ان يقول التاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا
والمعنى فيهما واحد وهو انه مجهول وان فيه غررا لانه يحتمل ان لا يدخل الشبكة شيء من الصيد وان
لا يخرج من الغوصة شيء قال وبيع المزابنة الى قوله والجهالة الربح فيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع
التمر بالتمر المثلثة على النخل بتمر بالتاء المثناة مجذوذ مثل كيله على النخل من التمر خرصا وظنا
لا حقيقة لم يبق ما على الرأس عن ابل تمر مجذوذ وكذا الذي يقابله من المجذوذ لا يجوز لان النبي صلى
الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه
باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربا الملحقة بالحقيقة في التحريم ولو
كانا موضوعين على الارض وباع احدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز
فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وله في مقدار خمسة اوسق قولان استدل بان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بان يباع التمر الذي على رؤس
النخل قلنا بالقول بالموجب وهو ان يقال سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا فان
الاحاديث الدالة على ذلك كثيرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل هو لكونه اهله في
البستان ولا تحصين نفسه عن خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكانه ذلك تمر المجذوذ بالخرص ليدفع

ضررا عن نفسه ولا يكون مخلفا الوعد لانه يقول لان الموهبة مبتداة وسمي بيعا مجازا لانه في الصورة
عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة
مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه يدل على ان المراد بالعرايا والاصل حمل الكلام
على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة لوجوب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الاول ان القران في
النظم لا يوجب القران في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير ينافي قوله صلى الله عليه وسلم التمر
بالتمر مثلا بمثل المشهور فاقض عليه قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة ان يسام البائع السلعة اي عرضها وذكر
ثمنها وساومها المشتري بيده فيكون ذلك بيعا اي ابتياعا لما رضي المشتري بذلك او لم يرض وبيع
المنابذة هو ان يتراوض الرجلان على السلعة فيجيء مالكها الزام المساوم له على اياها فينبذها
اليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر هو ان يتساوم الرجلان على السلعة فاذا
وضع الطالب الحجر عليها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذه
كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعبارة الكتاب تشير الى المنهي
عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لانه في معناهما ولان فيه تعليقا بالخطر
والتمليكات لا تحتمله لادائه الى معنى القمار لانه بمنزلة ان يقول البائع للمشتري اي ثوب القيت
عليه الحجر فقد بعته واي ثوب نبذته الي فقد اشتريته ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع
الا ان يقول على انك بالخيار في ان تاخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه قال ولا
يجوز بيع المراعي لا يجوز بيع المراعي واجارتها والمراد به الكلأ وهو ما ليس له ساق من الحشيش كذا
روي عن محمد وقيل ما له ساق وما ليس له ساق فهو كلأ واما تفسير المراعي بذلك لان لفظ المرعى يقع
على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلأ وهو على مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك لتوهم ان بيع الارض
واجارتها صحيح سواء كان فيه كلأ او لم يكن واما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز فلانه غير
مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث
الماء والكلأ والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بضوئها
والاصطلاء بها والشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة من الاراضي
المملوكة والاحتشاش من الاراضي المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول في ارضه فان منع كان
لغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني الى حقي وتحتشه فتدفعه الي او تدعني اخذ كثوب
لرجل وقع في دار انسان هذا اذا نبت بنفسه واما اذا انبته صاحب الارض بان سقى فنبت ففيه اختلاف
الرواية ذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد ان ياخذ بغير اذنه فجاز بيعه
وذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلأ ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى
ارضه ليس بحيازة للكلأ فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه واما عدم جواز الاجارة فلان عقد الاجارة
وقع على استهلاك عين غير مملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح اولى وذلك لان
المستحق بعقد الاجارة على الاجير المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق
بالاجارة كالصبغ في استئجار الصباغ واللبن في استئجار الظئر لكونه آلة الحضانة والطورة ولم يذكر
ان الاجارة في الكلأ وقعت فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض
وينفذ عتقه فيها قال ولا يجوز بيع النحل قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجوز بيع النحل وقال محمد يجوز
اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه

ورعا للعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير ماكول لا ينافيه كالبغل والحمار
ولهما انه من الهوام وهي المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير ارايت ان وجد بها عيبا
بكم يردها وفيه اشارة الى النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها قوله والانتفاع بها بما يخرج منه جواب
عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما سيحدث منه وذلك معدوم
في الحال قيل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والجحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما
في المال باعيانهما وفيه بعد نظر وجهما بقوله بما يخرج منه وان كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه
لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بان باع كوارة بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل اذا سوي
من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه
لهذا المختصر واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع وان لم يجز
افراده بالبيع كالشرب والطريق يروي الدقيجي عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول
انما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر
في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف قال كذلك **قال** ولا يجوز بيع دود القز وبيضه وهو البزر
الذي منه يكون الدود لا يجوز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع بعينه بل بما يحدث
منه وهو معدوم في الحال وعند محمد جاز لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة في بيضه قيل وعليه الفتوى
واجاز ابو يوسف بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان
الضرورة ونقل عنه انه مع ابي حنيفة كما في دوده وهذه العبارة تشير الى ان ابا حنيفة انما لم يجوز بيعه
بانفراده اما اذا كان تابعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم
وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهوا وانما ذكرها هنا اتباعا لما ذكره الصدر الشهيد في الجامع الصغير
لانه وضعه ثمة **قال** ولا يجوز بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون
مطلقا وهو الذي لا يكون ابقا في حق المشتري فينتفي العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير
قابضا لانه امانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى وقبض الامانة لا ينوب عن
قبض البيع لان قبض الضمان اقوى لتاكده باللزوم والمكنة اما اللزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع اجبر
عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة واما المكنة فان الضمان يثبت الملك من الجانبين على
ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب فهو قبض ضمان وهو
قول ابي حنيفة ومحمد وذكر الامام التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضا
كانه اشارة الى انه يلزم ابا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه
مني فباعه لا يجوز لكونه ابقا في حق المتعاقدين فهو غير مقدور التسليم اذ البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في
يده فلو باع الآبق ثم عاد من الاباق هل يتم ذلك العقد او يحتاج الى عقد جديد [illegible] المحل القدرة
على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهوا ثم اخذه وسلمه في المجلس وعورض
بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب بان الاعتاق يجوز بدون المحل [illegible] واجيب بان الاعتاق
ابطال الملك وهو يلايم النوى بالاباق بخلاف البيع فانه اثبات والنوى ينافيه وروي عن ابي حنيفة ان العقد
يتم اذا لم يفسخه والبائع ان امتنع من تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية
لان مال المولى لا يزول بالاباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع هو العجز عن التسليم فاذا ارتفع تحقق
المقتضي وانتفى المانع فيجوز ايضا كما اذا ابق بعد البيع وهكذا روي عن محمد وبه اخذ الكرخي وجماعة من

مشايخنا

مشايخنا واما اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم
ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد **قال** ولا بيع لبن امراة في قدح لدفع ما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع
لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب
طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر احترازا عن الخمر فانها ليست بطاهرة
ولنا انه جزء الادمي لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية وجزء الادمي ليس بمال لان الناس لا
يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الادمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية اجزاء
الادمي واجيب بانا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا
اندمل ولم يبق اثر سقط الضمان وكذا السن اذا نبتت قوله وهو اي الادمي بجميع اجزائه مكرم يجوز ان يكون
دليلا اخر وتقريره ان الادمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم
ولا مصون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز
بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود
الفارق فلا يجوز وبيانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان
الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو اي المحل هو الحي ومعنا انهما صفتان يتعاقبان
على موضوع واحد فهما ضدان واذ لا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع وبحوث
عن قوله مشروب طاهر ان المراد كونه مشروبا مطلقا او في حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغنى
عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة ولكن
لا يدل ذلك على كونه مالا كالميتة يكون غذاء عند الضرورة وهي ليست بمال لا يجوز بيعها **قال** ولا يجوز بيع شعر
الخنزير بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه الاجماع ولانه نجس العين ونجس العين
لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب
ان يجوز بيعه اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع
جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال ابو الليث اذا كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي
ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء افسده عند ابي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة
الاستعمال وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف
اختار قول ابي يوسف حيث اخره وقيل هذا اذا كان منتوفا واما المجزوز فطاهر كذا في التمرتاشي وقاضيخان
قال ولا يجوز بيع شعور الانسان بيع شعور الادميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا
بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حين حلق راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به وجه الظاهر
ان الادمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا وفي البيع والانتفاع ذلك ويؤيد ذلك
قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة التي تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان
قيل جعل المصنف بيع شعر الخنزير اعزازا له حيث قال فيما تقدم وجعل بيع الادمي اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز
ان يكون موجبا للامرين المتنافيين اجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع
فبيعه ومبادلته بالمال اعزاز له فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه
وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع
في شيء وانما هو من صفة المحل شرعا وانما عدم جوازها ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر الانسان لا ينجس
بالمزايلة وشعر الموطا طاهر اولى ولان تناثر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحرمة الانتفاع
به وهو محجوج بالضرورة ولا باس باتخاذ القرامل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء اي ذوائبهن

شعر حق بالتكبير ويفوز بين بالتطوير ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها
قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روي عن الخليل وقد مر
في كتاب الصلاة فان قيل نجاستها بمجاورة باتصال الدسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب
بانها خلقية فما لم تزايل بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله لا تنتفعوا نهي وهو
يقتضي المشروعية فمن اين الاجزاء فالجواب انه نهي عن الافعال الحسية وهو يقتضي طالع التقرير تكلم
عليه ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها
ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة والفيل
كالخنزير نجس العين عند محمد اعتبارا به في حرمة اللحم وغيرها قال لا يتبع عليه الزكاة واذا [illegible] وعندهما
بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر
السباع قالوا انما يبيع عظمه انما يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس لا يجوز بيعه قال واذا كان
السفل لرجل وعلوه لاخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي
ليس بمال لانه عدم امكان احرازه والمال هو المحل للبيع فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب
اذا اشترى ارضا لم يكن لها شرب فينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا
للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولو جوب الضمان عليه
بالاتلاف فان من سقى ارض غيره بمائه غير مضمن ولانه له حظ من الثمن ذكره في كتاب الشرب قال في شاهد
شهد لاحدهما بشرا ارض بشربها واخر بشرائها بالف ولم يذكر الشرب لم يقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لان
بعض الثمن يقابل الشرب واما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال
بخلاف بيعه معا تبعا لثبوته تبعا لها باعتبار التبعية قال وبيع الطريق وهبته جائز بيع رقبة الطريق وهبته
جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو مما هو
محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز
للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء والقيد الاول وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز لجهالته
حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء والحد الاول لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر فانه ارض مملوكة جاز بيعه
ذكره شمس الائمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه فانه جائز
ايضا ذكره قاضي خان وهذا احد محتملي المسألة وبيع حق المرور يسقط من الثمن حيث قال دار بين رجلين فيها
طريق لرجل اخر ليس له منعهما من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق في غير الطريق فان
باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بحصته من الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب
الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق يكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب
الكثير في الانتفاع فقد جعل حق المرور يسقط من الثمن وهو يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز
وصححه الفقيه ابو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع الحقوق [illegible] التسييل
وهو حق المسيل لا يجوز وهذا محتملها الاخر واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فلعل الفرق بينهما بالعلم
والجهل كما مر انفا وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لا يحتاج الى الفرق [illegible] لعدم الجواز فيهما واما
على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان او التقدير كما مر وهو الطريق
واما المسيل فاما ان يكون على السطح او على الارض والاول حق التعلي وهو ليس بمال ولا متعلق به لكونه مجهولا لاختلاف
التسييل لقلة الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل الاول وعن هذه الرواية اعني رواية ابن سماعة في
جواز بيع حق المرور يتجه الى الفرق بينه وبين التعلي والفرق بينهما ما ذكر بقوله لان حق التعلي يتبين بعين لا يبقى

وهو البناء فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق بعين وهو الارض فاشبه الاعيان [illegible]
والبيع يرد عليها وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال او حقوق تتعلق بها وفيه نظر لان المكتري
من الدار مثلا حق يتعلق بعين يبقى وهو مال ولا يجوز بيعه قال ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان الذكر والانثى
قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحدا كالعكس فالغلام والجارية جنسان لان الغلام
يصلح للخدمة خارج البيت كالتجارة وغيرها والجارية لخدمة داخل البيت والاستفراش والاستيلاد والذين
لم يصلح لهما الغلام بالكلية والكبش والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوان الاكل والركوب والحمل
والذكر والانثى في ذلك سيان فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل كالخل والدبس
فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما لعظم التفاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذار وهي
قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنه قرية ببخارى جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شرح
الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى المبيع وذكر بتسمية فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه
جنسين كبني ادم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه واذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هي غلام بطل البيع
لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفا بصفة
والاشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان صفة والابلغ في التعريف اقوى وان كان مما يكونان
جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لا التسمية لان
ما سمي موجود في المشار اليه صار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في
تعليل محمد فاذا باع كبشا فاذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه فانه اذا خرج عن
كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار
وقد يشير كلام المصنف الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه انقص لان الظاهرة
صيغة الخبر لا تزيد على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي وفخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدر
الشهيد ان الموجود اذا كان انقص من المشروط فانه له الخيار وان كان زائدا فهو للمشتري ونص الكرخي
على ذلك في مختصره ولكل منهما وجه وقيل اما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خباز فبالزام الكاتب
يتضرر فلا يتم منه الرضا واما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة بعينه تسعة خرجان
وجد احد عشر فهو له بلا خيار قال ومن اشترى جارية بالف درهم من اشترى شيئا بالف درهم حالة او نسيئة
فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلافا للشافعي هو يقول الملك قد تم
فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن
الاول او بالعرض وتتميم اقل من الالف وحاصل ذلك ان شرا ما باع لا يخلو من اوجه اما ان يكون من
المشتري بلا واسطة او بواسطة شخص اخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقا اعني سوا اشترى بالثمن الاول
او بانقص او باكثر او بالعرض والاول اما ان يكون بالاقل او بغيره والثاني باقسامه جائز بالاتفاق والاول
هو المختلف فيه فالشافعي جوزه قياسا على الاقسام الباقية وعلى ما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضا بالاتفاق
ولكن لم يجوزه بالاثر والمعقول اما الاثر فما قال محمد حدثنا ابو حنيفة يرفعه الى عائشة رضي الله عنها ان امراة سالتها
فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة درهم قبل محل
الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بئسما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى
الله عليه وسلم ان لم يتب فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما
سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
واجزية الافعال لا تعلم بالراي وكان مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك

مطلب باع جارية فاذا هي غلام

فكان فاسدا وان ترى ويكا اعتذرا اليها وهو دليل على كونه مشروعا لان في المجتهدات بعضهم كان يخالف بعضا
وما كان احدهم يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز ان يقال الوعيد لكون البيع الى العطا وهو اجل مجهول والجواب
انه ثبت من مذهبها جواز البيع الى العطا وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون لذلك ولا انها كرهت
العقد الثاني حيث قالت بئسما شريت مع عرائها عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لانه تطرق به الى
الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه اجيب
بان تلاوتها آية الربا دليل على انه للربا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق
الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق حتى
لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا واما الثاني فهو ما قال الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض
فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز
بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لانه
لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى
باكثر فان الربح هنا يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل
انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع باقل من الثمن الاول
لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها
اقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر لان ربا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز
لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربا **قال** ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم من
فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه
الاخرى باقل مما باع وقد تقدم فساده وتوضيحه اذا باعهما بالف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكرها العلماء
في الاتفاق بحسن لانه وبحث الاسلام ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب بما ذكرتم لما فسد البيع
لان عند القسمة يصيب كل واحد منهما اكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الامثال المذكور واجيب بان الفساد
لتعدد جهات الجواز وبيانه انا لو جعلنا بازاء ما باعها الفا لجاز وان جعلنا الفا وحبة جاز وهلم جرا والبعض
بالحمل عليه اولى من بعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات تقتضيه اوجه الفساد
تقتضيه والترجيح ههنا للمفسد ترجيحا للمحرم ولا يسري الفساد فيها الى الجزء المشترى لان الفساد ضعيف فيها
لامور ثلاثة لانه مجتهد فيه لخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر لما ان الا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان بخلاف
الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد
ولان ابا حنيفة ابطل اسلام القوهية في القوهية والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه
فانه لو اسلم قوهيا في قوهي جاز عند الشافعي ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهي
في المروي واما لان الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربا ولو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبار
الشبهة وهي غير معتبرة وبيانه ان في المشتراة شبهة الربا في المسئلة الاولى لاحتمال شراء ما باع بما باع قبل نقد
الثمن لشبهة الربا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان تجد المشتري
بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري والبيع الثاني يقع الامر عنه منفصل البائع بالعقد الثاني في مشتريها
الثاني خمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا واما لان الفساد طارئ لو جعل لجدهما
انه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان يكون بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول
لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فهذا البيع فيما باع
ولا شك في كونه طارئا فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة

فان

فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الاخرى والبيع جائز في العبد لان ثمن الامة
قال البيع في المدبر غير فاسد فلهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ فلحق المدبر وذلك المعنى
فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الاخرى والثاني المقاصة فانه لما باعها بالف ثم اشتراها قبل نقد
الثمن بخمسمائة تتقاصا خمسمائة بمثلها بقي للبائع خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب
وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندهما وذلك لا يتأتى في ظرفه فلا يسري الى غيرها **قال**
ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه اشترى زيتا على ان يزنه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا
فهو فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد عسى
يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه وان اشترى على ان يزنه ويطرح
بوزن الظرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه **قال** ومن اشترى سمنا في زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة
ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر
في تعيين الزق المقبوض او في مقدار الثمن فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض ضمينا كان
كالغاصب او امينا كالمودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه
ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول
الى الحلف اجيب بانه يوجبه اذا كان قصدا وهذا ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق
فيه ان الابتداء بالاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد لو يوجبه **قال** واذا امر
المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما وحكم التوكيل في الخنزير
وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف قالا الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يوليه غيره كتوكيل
المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه او باشر بنفسه
لم يجز فكذا التوكيل به وقال ابو حنيفة المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل والموكل فالاولى
اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في المامور به وللنصراني ذلك والثانية اهلية ثبوت الحكم له وللموكل
ذلك حكما للعقد لا اختيارا فكان المسلم عن الارث الا ترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا
اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير لا يقال الوراثة امر جبري والتوكيل اختياري فانا نقول
لان ثبوت الحكم ايضا للموكل بعد تحقق العلة اعني مباشرة الوكيل جبري كذلك يثبت بدون اختياره
كما في الموت الا ترى ان المأذون له النصراني اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق واذا
ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل به ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا
سيبه لكن قالوا هذه الوكالة تكون مكروهة اشد كراهة وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل
بشراء عبد بعينه اذا وكل آخر بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالقاضي
اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلفه ذمي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذمي اذا اوصى الى مسلم وقد ترك خمرا فان
الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يملك ذلك بنفسه والقياس على تزويج المجوسية مدفوع بان حقوق العقد
في النكاح ترجع الى الموكل فالوكيل سفير لا غير **قال** ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري شرع في بيان الفساد
الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلا جامعا لفروع اصحابنا وتقريره ان الشرط لا يخلو اما ان يقتضيه
العقد وهو الذي لا يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم المبيع او الثمن او لا
يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم الى ما كان متعارفا والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه
منفعة لاحد المتعاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل
الاستحقاق والى ما هو بخلافه ففي القسم الاول كان البيع والشرط جائزا لانه يزيده تأكيدا لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم

عن بيع وشرط وهو باطلاقه يقتضي عدم جوازه لانه في الحقيقة ليس بشرط ثابت بالحديث والعرف ينفي
النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس عليهما لا عرف فيه كما مع كونه شرطا
والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام
البايع مدة يكون العقد فاسدا لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهما لما قصدا المقابلة
بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو ربا لا يقال لا تطلق الزيادة الا على المجانس لان كل
والمشروط منفعة فكيف يكون ربا لانه ملك مالا باخذ العوض عليه ولم يعوض عنه بشيء في العقد
فكان ربا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان اسباب
الشرائع وفيما اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد
يعجبه ان لا يتداوله الايدي وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراط منفعته
كاشتراط منفعة احد المتعاقدين فاسد لوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح
والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي الى الربا ولا
الى المنازعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه فالشرط الذي فيه ضرر
كالشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقدين والجواب ان المعتبر المطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في
الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد بشرط ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه
او امة على ان يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه
لان قضية الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشروط تقتضي الالزام حتما والمنافاة
بينهما ظاهرة وليس احدهما من العقد والشرط اولى بالعمل من الاخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد
مما يكون مشروعا وبالنظر الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملة بيننا
وبين الشافعي الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوزه ويقيسه على بيع العبد نسمة وفسر بيع النسمة
بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف بان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تفسيره عند
الشافعي ما ذكره المصنف صح قوله بقياسه لانهما عيران فيصح قياس احدهما على الاخر ان ظهر جامع
وان كان تفسيره عنده ما ذكر في المبسوط فلا بد ان يفسر قول المصنف يقيسه بيلحقه بدلالة النص
لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة ان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة
اذا جاءت الى عائشة رضي الله عنها تستعين في الكتابة قالت ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك ورضيت
بذلك فاشتريها واعتقيها وانما اشترتها بشرط العتق وقد ذكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وجوزها في
معنا ما في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي
لما عرف في الاصول والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول لما ذكرنا من وقوع المنازعة بسبب ذلك
الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة مطلقا وعدت لها ان تعتقها لترضى بذلك فان
بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها النسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس ثم انتصاب قوله نسمة على الحال
على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقبة
واعتق النسمة كانها اسم لما هو بعرض العتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كما في المعرب
فان وفى بالشرط واعتق بعدما اشتريه صح البيع ويجب الثمن عند ابي حنيفة وقالا يبقى فاسدا كما كان فوجب عليه
القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا يستحيل جائزا كما اذا تلف بوجه اخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط
التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشتري بما شرط ولم يعتق فانه مضمون بالقيمة اعتبارا للحقيقة الحرية
بحق الحرية ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما ذكرناه من تقييد التصرف به المغاير

للاطلاق

للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلايمه لانه منه للملك والمنهي للشيء مقرر له الا ترى ان العتق لا يمنع الرجوع
بنقصان فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جائزا بوجود الشرط فاذا
وجد فقد تحققت الملايمة فيرجح جانب الجواز عملا بالدليلين وتأمل حق التأمل تخلص من ورطة شبهة لا تكاد
تنحل وهي ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا اولا فان كان الاول فتحقيقه يقرر الفساد
لئلا يلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات
الصورة لعدم الملايمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند
الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس لانا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا ووجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم
بخلاف ما اذا اتلفه بوجه اخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فيتقرر الفساد بخلاف التدبير
والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهي بها بيقين لاحتمال القضاء بجواز بيع المدبر ولم الولد والمكاتب
عجزه في الاجارة ولانها انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال عن ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق
والموت قال وكذلك اذا باع عبدا على ان يستخدمه البايع شهرا البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ثم يستدل بالحديث لان المراد به هو المذكور وانما قال على ان يقرضه احترازا
عما اذا قال بعتك هذه الدار على ان يقرضني فلان الاجنبي الف درهم فقبله المشتري صح البيع لانه لا يلزم الاجنبي
لانه ناب عن المشتري لانها تثبت في ذمته فتحمل الكفيل والزيادة في الثمن لا يلزم نقل على ما عرفنا من بخلافه
اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف ولانها اشتراط الخدمة والسكنى
يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكر في المتن قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر فالاجل في المبيع
العين باطل لا فائدة الجالية للتحصيل الى ما فانه شرع ترفها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع او الثمن حاصلا
كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا عن السلم فان ترك الاجل فيه مفسد لحاجة الى التحصيل
قال ومن اشترى جارية الا حملها ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة اقسام الاول ما فسد فيه
العقد والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء والثالث ما صح فيه كلاهما اما الاول فالبيع والاجارة والكتابة
والرهن فاذا باع جارية الا حملها او اجر دارا على جارية الا حملها او رهن جارية الا حملها فسد العقد لانها عقود
تبطل بالشروط الفاسدة لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة
لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثناء يكون شرطا فاسدا فيها فيفسدها وذلك لما ذكره من الاصل فيه ان ما
لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في اول البيوع وهذا لان
الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويقر بقراره وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون
على خلاف الموجب لدلالته على ان المستثنى مقصود ودلالة العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا
قوله عن ان المفسد في الكتابة استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان الشرط الفاسد في
الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد كالكتابة على خمر او خنزير او على قيمته
حتى دخل في البدل واما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج والعقد
صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال يستحق المولى ولا يصح الا ببدل معلوم وتحتمل الفسخ ابتداء وتشبه
النكاح من حيث انه ليس بمال في نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحقناه بالبيع في شرط تمكن
في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه واما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم
العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات
وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها
فانه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده

لعوده

فيصح العقد ويبطل الاستثناء واما الثالث فكالوصية اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية
وصية والحمل ميراث اما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد واما
صحة الاستثناء فلما ذكر ان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه جنين فكذا اذا استثنى
خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تأويل المذكور واعترض على قوله الاصل
فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد بانه يلزم من ذلك ان ما يصح افراده بالعقد يصح
استثناؤه والخدمة في الوصية مما يصح افرادها بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فيجب ان
يصح استثناؤها واجيب بان هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلا نسلم ان الوصية عقد الا ترى انه يصح بقبول
الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذا مات الموصى له قبل
القبول فلا يثبت لها لفظ العقد مطلقا ولقائل ان يقول الغرض ان الوصية عقد وعكستم الاصل المذكور في
الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك
في الوصية بالجارية والخدمة مع صحة افرادها بالعقد فما الفرق بينهما والجواب انا منعنا العكس وجوبا ولئن منعنا
لزومه فالفرق بينهما ان تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي فما صلح ان يكون موروثا كالحمل صح
وما لم يصح كالخدمة منعناه **قال** ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا وقد تقدم وجه ذلك فلا نعيده قال
ههنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكانهما سواء يشير اليه قوله على ما مر وقيل ثمة
هناك صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة اذ للمشتري فيه احتمال العارية **قال**
ومن اشترى نعلا الحذو النعل بالمثال قطعها به فهو تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه اذ الصرم هو الذي يقطع بالمثال
وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما وشرط ان يحذوه او نعلا على ان
يشركه البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بيناه انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجماعا فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز
استئجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ وجاز
لكون جريان التعامل به كالاستصناع والبيع الى النيروز وهو معرب نوروز اول يوم من الربيع والمهرجان معرب
مهركان يوم في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تأجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم
يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لكونها المبايعة على المماكسة اي المجادلة
في النقصان والمماكسة موجودة في المبايعة فهذا الاجل يكون بالجهالة المفضية الى النزاع ومثلها
يفسد البيع وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم
جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة **قال** ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد
والدياس والقطاف والجزاز الحصاد قطع الزرع والدياس ان يوطأ المحصود بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطء الشيء بالقدم والقطاف
بكسر القاف قطع العنب من الكرم وفي الفتح فيه لغة والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر فالبيع الى
وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المفضية الى النزاع لتقدم هذه الاوقات وتأخرها والكفالة
الى هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان
تكفل بما ذاب له على فلان ففي وصفه اولى لكونه اصلا اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة
رضي الله عنهم فيها فان ابن عباس رضي الله عنهما منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا اشارة الى ان الجهالة اليسيرة ما كانت
في التقدم والتاخر والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلا والثمن لما لم يكن متحملا للجهالة في الاصل
الثمن لم يكن متحملا لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمله وصفه لان الاصل اقوى اذ هو يوجد
بدون الوصف الخاص دون عكسه واجيب بان المانع من تحمل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود

في جهالة الوصف فيمنعه واذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تأجيل الدين وهذه
الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة لعدم ابتنائه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يفسد
بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال اعني النيروز والمهرجان الى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا
باسقاط الاجل قبل ان تحضر هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول العقد فاسد فلا
ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم واما على قوله فرق النكاح الى اجل جائز والشرط باطل كما
تقدم في النكاح وهذا استدلال من جانبه فيما لم يقل به وهو ليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير وقلنا
الفساد للمنازعة والمنازعة انما تتحقق عند حلول الاجل فاذا اسقط ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود جائزا
فان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا ينقلب بسقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم
الزائد اجاب بان هذه الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرتم لان
الفساد فيه في صلب العقد كما اعترض بانه اذا نكح بغير شهود ثم اشهد بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا واجيب
عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو كما لو كان في صلب العقد الا ترى ان من صلى بغير طهارة
ثم تطهر لم تنقلب صلاته جائزة وعن الثاني بان صوب الربح ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد
يكون متصلا بكلامه قوله وبخلاف النكاح جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان
العقد الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا انقلب عقدا آخر والنكاح الى اجل متعة
وهي عقد غير النكاح فلا ينقلب نكاحا وقوله في الكتاب اي القدوري ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل
يستبد باسقاطه لانه خالص حقه **قال** ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة اذا جمع في البيع بين حر
وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا اعني سواء فصل الثمن او لم يفصل عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد منهما ثمنا مثل ان يقول اشتريتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في
العبد والذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا
الثلاثة خلافا لزفر فيهما اي في العبد والمدبر وفي الجمع بين عبده وعبد غيره وكذا التسمية عامدا كالميتة والمكاتب
وام الولد كالمدبر فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع الذكية كبيع القن
مع المدبر اجيب بانه ليس مجتهدا فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم
يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين حر وعبد في البيع لزفر الاعتبار
بالفصل الاول يعني الجمع بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجمع ولابي يوسف ومحمد اذا سمى لكل منهما الثمن
بقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو يختص به دون القن فلا يتعداه
كما اذا جمع بين الاجنبية واخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولابي
حنيفة وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع
صفقة واحدة بالمال ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الاخر واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما
لا يصح فيه شرطا فاسدا وفيه بحث اما اولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة
وحينئذ لا يكون قبول الحر شرطا للبيع في العبد واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة
لاحد العاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا
للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا واما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في
العبد اذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد في احدهما دون الاخر ولم يصح فيه بخروجه
عن المحلية والجواب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يكرر لفظ البيع والشراء وقد تقدم
نظيره في الجمع بين العبد والمدبر وعن الثاني بان قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بالف ولحر ليس بمال تكون المقابلة بذلك

فكأنه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم إلى خمسمائة أخرى فينتفع بفضلها عن العوض في البيع وهو
الربا وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه ولهذا ظهر هذا
ظهر الفرق بين الفصلين وثم جواب عن التسوية بينهما وقوله بخلاف النكاح جواب عن قياسهما
على النكاح بأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله أما البيع في هؤلاء متصل بقوله لأن الحر
لا يدخل تحت العقد أراد به المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فإنهم دخلوا تحت العقد لقيام
المالية فإنها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان وقوله ولهذا ينفذ بيعه يجوز أن يكون توضيحا لقوله
موقوف فإن البيع في عبد الغير موقوف على إجازته وفي المكاتب على رضاه في أصح الروايتين وفي المدبر
على قضاء القاضي وكذا إذا قضى القاضي بجواز بيع أم الولد نفذ عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد
بناء على أن الإجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الإجماع فلا ينفذ وعندهما
لا يرتفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك في أصول الفقه فإن قيل كيف يصح قوله
موقوف وقد قال في أول الباب وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب أنه باطل إذا لم يجز المكاتب
ولم يقض القاضي بجواز بيع أم الولد والمدبر يدل على ذلك تمام كلامه هناك فيجوز أن يكون توضيحا له
بقيام المالية فعرفنا أنهم دخلوا في العقد فكان الواجب أن لا يكون العقد فيهم فاسدا إلا أن المالك استحقا
المبيع وهو لا باستحقاقهم أنفسهم رد البيع وهذا أي الرد باستحقاق لا يكون إلا في البقاء فكان كما إذا
اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من
الصحة وهذا لأن الجمع بين القن وأحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة
ابتداء بل بعدما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط إحالة العقد بيانا من كل واحد من العبد والمدبر
فيما إذا جمع بين
القن والمدبر

فصل في أحكامه

وإذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه أثرا ثابتا به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقيبه والبيع عندنا
ينقسم باعتبار غيرنا مرة إلى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي إلى الصحيح والباطل لا غير فإذا قبض المشتري
المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع يعني بإذنه وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته القيمة ذكر القبض
لوجوب الأحكام عليه وذكر البيع الفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئا وإن اتصل به القبض وأمر البائع يعني به الإذن
في القبض أعم من أن يكون صريحا أو دلالة فالمعنى بدلالة الإذن أن يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فإنه
لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فإنه يفيده مطلقا وقيد بأن يكون في العقد عوضان مالا كما يأتي لأنه
سنذكرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشايخ سوى أهل العراق فإنهم يقولون المبيع في البيع
الفاسد يملك التصرف لا يملك العين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد
لا يفيد الملك لأنه محظور فالمحظور لا ينال به نعمة الملك لأن المناسبة بين الأسباب والمسببات لا بد
منها ولأن النهي نسخ المشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية إذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي
الحسن وبينهما منافاة والممنوع المشروعية لا يفيد حكما شرعيا ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما
إذا باع الخمر بالدراهم أو الميتة وقبضها المشتري فإنه لا يفيد الملك ولنا أن البيع الفاسد مشروع

باصله

بأصله لأن ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله إذ الكلام
في أن لا خلل في العاقدين مضافا إلى المحل لذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده لا يقال
قد يكون النهي مانعا عن ذلك لأن النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما
يتكون ليكون العبد مبتلى بين أن يتركه باختياره فيثاب وبين أن يأتي به فيعاقب عليه فنفس البيع
مشروع وبه ينال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح يقتضي النهي فجعلناه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت
النداء فحصل وأيضا الحكم هناك الكراهة وفيه التنازع فيه الفساد وأجيب بأن غرض المصنف بيان
في ذلك وبأن غرضه أن حكم المنهي عنه ليس البطلان كما تدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم
البطلان طالع التقرير يطلع على ذلك قوله وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد
جواب عن قوله ولهذا لا يفيده قبل القبض وتقرير ذلك أنه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن
ووجب على البائع تسليم المبيع لأنهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لأنه واجب الرفع
بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره وإذا كان واجب الرفع بالاسترداد يعني
إذا كان المبيع مقبوضا فلأن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبته أحد المتبايعين أولى لكونه
أسهل لسلامته عن المطالبة والإحضار والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بأنه لو لم
يفد الملك قبل القبض لا يفيده بعده لأن كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط
وبأنه لو أفاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الأول أنه ممنوع وإلا لزم أن يكون الشيء مع غيره
كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط إنما استوى فيه القبض وعدمه لأن ثبوت الملك فيه معلق
بسقوط الخيار ومعنى لأنه يدور على الخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لا يختلف
بين وجود القبض وعدمه فلا يلزمه أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لأن الشرط أهدر الغرض هو
القبض وعن الثاني بأن تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فإن القبض يوجب الضمان
فإن لم ينتقل الملك من المضمون له إلى الضامن لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمان
معتبر قصدا قوله ولأن السبب دليل آخر على إفادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه أن السبب يعني
البيع الفاسد قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم لأن القبض
شبيه بالإيجاب فصار كأن إيجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه إلى ما يعضد
العقد من القبض وقوله والميتة ليست بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره
أن الميتة ليست بمال أصلا فانعدم المال لا يجوز فيه البيع الفاسد وأراد به ما قاله وأما بيع الخمر والخنزير إن كان
بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما إذا كان الخمر مثمنا بطلان البيع في
المتنازع فيه وثمة أخرى دليل آخر سوى ما ذكرناه هناك وهو أن العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر
لأن المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها فلو قلنا بانعقاد البيع في الصورة المذكورة جعلنا القيمة مثمنا لأن
كل عقد يقابله الدراهم والدنانير الثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول
به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه وقوله ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع إشارة إلى صحة الإذن بالدلالة كما
إذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فإنه يصح استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره
صاحب الإيضاح وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض
وهذه الرواية هي المشهورة ووجه الصحيح أن البيع تسليط منه على القبض فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق
ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا
وعلى رواية صاحب الإيضاح يحتاج إلى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بأن العقد إذا وقع فاسدا لم يفض

فنفس البيع

تسليطاً على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعاً والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضي
نعم التسليط على القبض ثابت فيما اذا وهب فانه يكون تسليطاً على القبض استحساناً ما دام في المجلس لان
التصرف وقع صحيحاً فجاز ان يكون تسليطاً بمقتضاه وانما توقف على المجلس وكذا التسليط على القبض يتوقف
عليه وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال تحقيقاً لكن البيع وهو مبادلة المال بالمال لان فيخرج
على هذا اشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلاً لعدم المالية
في هذه الاشياء سواء كانت ثمناً او مثمناً لكن ذكر جهة الاثمان ليخالها اذا كانت مبيعة كان اولى بالبطلان وقوله
اي قول القدوري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة واما في ذوات
الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون في نفسه بالقبض فشابه
الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا
تعذر قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه كل واحد منهما فسخ البيع الفاسد له فسخ البيع رفعاً للفساد وهذا اذا
كان قبل القبض ظاهر واما اذا كان بعد القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعاً من ان يفيد
الحكم واما اذا كان بعده فلا يخلو اما ان يكون الفساد في صلب العقد يعني في احد البدلين كبيع درهم
بدرهمين وبيع ثوب بخمر او بشرط زائد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان
ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد لقوة الفساد وعند ابي
يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض فللذي له الشرط ان يفسخ بحضرة
صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يعلل في
شرح الطحاوي وقيل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكرنا ان العقد قوي فكان الواجب ان لا يكون لاحد
حق الفسخ لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فكان له ان يفسخه واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف
فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقاً للشرع فانتفى اللزوم عن العقد وفي العقد الغير
اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه كما في الخيار والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض
بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئاً يملك التصرف فيه سواء كان تصرفاً
لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان ماكولاً لم يحل اكله ولو كان جارية
لم يحل وطؤها ذكره الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقاً واجيب بالمنع فان محمداً نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله
قال لان البائع سلطه على ذلك وذكر شمس الائمة الحلواني في كراهة الوطي ولئن سلم فالمذكور في شرح الطحاوي محمول على
عدم الطيب ولئن سلم فالوطي انما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته اولى وجواز التصرف باعتبار اصل الملك
وهو منفك عن صفة الحل وانكار البيع نافذاً سقط حق استرداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني
بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى
الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة او تزويجاً لا يسقط حق الاسترداد وكذا اذا مات المشتري وورث
وارثه المشترى ولا تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك منقوضاً اجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف
يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر في فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد من يفسخها وذكر في النوادر ان القاضي
يفسخها والتزوج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فلم
يتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بان ملك الوارث
في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث
كذلك بخلاف ما لو مات البائع فان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد وهذا بخلاف ما لو اوصى
المشتري بالمشترى لرجل ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له

بمنزلة

بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت الملك متجدداً له بسبب اختياري وليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا
لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال
صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع
بين الحقين لامكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا
امتنع الجمع قوله ولان الاول دليل اخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول
مشروع باصله دون وصفه اذ الخلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف
وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البائع وهو دليل
اخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه
فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل لو نقضنا استرداده قبل وجود البيع الثاني
فانه نقض ما تم من جهته والجواب انا لا نسلم التمام فيه فان كلاً من المتعاقدين يملك
الفسخ فاين التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنتهي مقرر
واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا بتسليطه ابتداء فيكون استرداده نقضاً لما تم من جهته قوله
بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشترى مانعاً عن نقض التصرف
لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه
بها لكن للشفيع ان ينقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق
العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض احدهما للاخر بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق
حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنه واما اذا كان ما هو راجح
فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ يتحول الصفقة اليه فتنتقض تصرفات المشتري
بلا سبب ينقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضاً لما تم من جهته
وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن او باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد للشفيع شيء
من ذلك قال ومن اشترى عبداً بخمر او خنزير فقبضه باذن البائع واعتقه او باعه او وهبه وسلمه
واعاد لفظ البيع كراهة ان يغير لفظ محمد او تركه او وهبه او سلمه فهو اي ما فعل من هذه
التصرفات جائز وعليه القيمة اما الجواز فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض والملك مطلق للتصرف
فينفذ واما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قد
هلك فصار كالمغصوب هلك وفيه القيمة وبالهبة والتسليم والبيع انقطع حق الاسترداد على
ما مر آنفاً من قوله لتعلق حق العبد بالثاني والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان فان الرهن
اذا اتصل بالقبض لازم في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا ان حق الاسترداد يعود بعجز
المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد قيل وليس لتخصيصهما في عود الاسترداد
زيادة فائدة فانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرف وانتهى كما لو رد المبيع بعيب قبل القضاء
بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه اليه ثم عود
حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة واما اذا كان بعد
القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضي على الغاصب بقيمة المغصوب
الآبق ثم عاد قوله وهذا اي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق
الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا انها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد من اقوى الاعذار ولانها
تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً وتعلل في الجواب اشارة الى المذهبين فيهما

قال

ليس للبائع في البيع الفاسد

وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما اخذه البائع في مقابلة المبيع عرضا كان او نقدا ثمنا او قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة وغيرها فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض فكان له ولاية ان لا يرفع المبيع الى ان يأخذ الثمن من البائع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهاهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته فيقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن احق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وعلى رواية ابي حفص لا تتعين والقرض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى اجل في تعيين المقبوض للرد على الروايتين وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية ابي سليمان ما ذكره المصنف ان الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونه مقبوضا لا على وجه مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد فيجب رد عينها اذا كانت قائمة وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا انه بمنزلة المغصوبة والحكم فيه كذلك وذكر في الفوائد الظهيرية ان المبيع يباع بحق المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس فيها وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف مع محمد هذا قوله الاول وقوله الآخر مع ابي حنيفة لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضاء او الرضا ويبطل بالتأخير ولا يورث بخلاف حق البائع فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم ان البائع بيعا فاسدا اذا مات كان لورثته حق الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشيء فالاقوى لا يبطل به وهو بديهي وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك ولابي حنيفة ان البناء والغرس قد حصل المشتري بتسليط من جهة البائع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشتري بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني او بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة بالبيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع هاهنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير يغنيك عن ان قوله يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة قيل وانما ادخله فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء او الغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام ولعل ذكره لانه ملحقه بالبيع في كونه تصرفا مقررا لانه لما قصد به الدوام اشبه البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع ان يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري واعترض بانه اذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واجيب بانه لو تؤمل ما ذكر فليس يرد لان البائع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفى الاولوية وبطلت الملازمة واعترض ايضا بانه اذا نقض البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع بما هو فسخ وجب [?] بوجود مانع من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما

بعينها

بالثمن

وجب

فيجب ان

وجب ضرورة ابقاء حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضي وهو التسليم الى الشفيع روى وجوب القيمة في هذه المسألة عن ابي حنيفة يعقوب ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي حنيفة لا في مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند ابي حنيفة للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبنى فيها او غرس وعندهما لا شفعة للشفيع فيها وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في حق الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ومن قال بانتفائه قال ببطلان انقطاع حق البائع لان وجود الملزوم بدون اللازم محال وعلى هذا فمن حفظ مذهب ابي حنيفة في ثبوت الشفعة لا يشك في مذهبه في انقطاع حق البائع في انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق شك الا في روايته عنه لمحمد رحمهم الله قال شمس الائمة السرخسي هذه المسألة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال ابو يوسف ما رويت عن ابي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك انه ينقض البناء وقال محمد بل رويت عن ابي حنيفة انه يأخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان في الرواية حيث لم ينقل مذهب ابي حنيفة كذا وانما قال لما رويت وفيه تأمل ولما كان هذا الموضع محتاجا الى تأكيد ذكر المصنف قوله شك يعقوب في الرواية وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال الرواية يعقوب عنه في الجامع الصغير والراوي في الجامع محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن ابي حنيفة لمحمد رحمهم الله قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين بخلافهما والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك واما الاول فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيئا وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعين فيها انه لو اشار اليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له ان يمسكها ويدفع الى البائع غيرها لما ان الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها في البياعات وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين على الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها او غصب دراهم وادى ضمانها واشترى بها شيئا وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند ابي حنيفة ومحمد لان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف يطيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والغرض وجوده وقلنا ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال وبما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع او تقدير الثمن وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان اشار اليها ونقدها او اشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فالعقد يتعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمنا وان كان الثاني فقد يتعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني بسبب ما توسل اليه بمال الغير [?] بيان جنس الثمن وقدره وصفته منه لجواز العقد وبذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى شبهة لان حصول الربح لم يكن

بما هو ملك الغير من كل وجه بل بما له فيه شائبة ملك وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين ينزل
إلى شبهة الشبهة لأن تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن اللذين كانا شبهة الخبث لهما بمال الغير من كل وجه
لم يبق كذلك بل بما له فيه شائبة هي المعتبرة لأن الباري تعالى قيل بالحرمة وهو ما روي أن النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن الربا والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة معتبرة وأما أن شبهة الشبهة غير
معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لغيره وأما إذا كانت شبهة
الشبهة أيضا داخلة في الريبة فيثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت
لاعتبرت بما دونها أيضا دفعا للتحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة إذ قل ما تخلو عن شبهة شبهة
فما دونها **قال** وكذلك إذا ادعى رجل قال لآخر عليك ألف درهم فاقضه فقضاها ثم تصادقا أنه لم
يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح لا يجب التصدق به لأن الخبث فيه لفساد الملك
لكن لما تصادقا أنه لم يكن تحقق البدل وتحقق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لأن بدل المستحق
مملوك إذا كان عينا يتعين كما إذا اشترى عبدا بجارية وأعتقه ثم استحقت الجارية فإن العتق نافذ
ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ لأنه متاعه بغير الملك بالنص فإذا كان مما لا يتعين أولى لكنه يفسد
الملك إذ الاستحقاق تصادقا في مقابلته لأنه فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا
يتعين **قال** وبيع المكروه أدنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه فكذلك ألحق به وأخر عنه
ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في أصول الفقه أن النهي إذا كان لأمر مجاور كان مكروها وإذا كان لوصف
متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش بفتحتين وهو
أن يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره ويجري في النكاح وغيره حيث قال صلى الله عليه وسلم
لا تناجشوا أي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك إيقاع رجل فيه بالزيادة في الثمن وهو خداع والخداع قبيح
لمجاور هذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا أن الراغب في السلعة إذا طلبها من صاحبها بالنقص من
ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء إلى ما يبلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتفاء الخداع ونهى عن السوم على
سوم غيره قال صلى الله عليه وسلم لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه وهو نفي في معنى
النهي فيفيد المشروعية وصورته أن يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضيا بذلك
ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فإنه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الإيحاش والإضرار وهما قبيحان
منفكان عن البيع فكان مكروها إذا جنح البائع إلى البيع بما طلب به الأول من الثمن وكذلك في النكاح
أما إذا لم يجنح فلا بأس بذلك لأنه من يزيد وقد روي عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد **قال** وعن تلقي الجلب أي نهى صلى الله عليه وسلم عن تلقي الجلب أي
المجلوب وصورته المصري أخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وأدخله المصر ليبيعه على ما أراده
فذلك لا يخلو إما أن يضر بأهل البلد أو لا والثاني لا يخلو من أن يلبس السعر على الواردين أو لا فإن كان الأول
بأن كان أهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك وإن كان الثاني وقد لبس
السعر على الواردين فقد غرهم وهو قبيح فيكره والأول فلا بأس بذلك **قال** وبيع الحاضر للبادي أي نهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادي فقال صلى الله عليه وسلم لا يبيع حاضر لباد وصورته الرجل له طعام
لا يبيعه لأهل المصر ويبيعه من أهل البادية بثمن غال ليحصل إما أن يكون أهل المصر في سعة لا يتضررون
بذلك أو في قحط يتضررون فإن كان الثاني فهو مكروه وإن كان الأول فلا بأس بذلك وعلى هذا يكون اللام
في البادي بمعنى من وقيل في صورته نظرا إلى اللام أن يتولى المصري البيع لأهل البادية ليغالي في القيمة
قال والبيع عند أذان الجمعة أي ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيع عند أذان الجمعة قال الله

فصل فيما يكره

تبارك وتعالى وذروا البيع وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة قوله ثم فيه بيان القبح المجاور فإن
البيع قد يخل بواجب السعي إذا قعدا أو وقفا يتبايعان وأما إذا تبايعا وهما يمشيان فلا إخلال فيتمحض بلا
كراهة وقد تقدم في كتاب الصلاة أن المعتبر في ذلك هو الأذان الأول إذا كان بعد الزوال قال كل ذلك أي المذكور
في أول الفصل إلى هنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لأن الفساد أي القبح في أمر خارج زائد أي مجاور لا في
صلب العقد ولا في شرائط الصحة وكتفسير بيع من يزيد وما روي أنس رضي الله عنه وقد مر آنفا والله أعلم

قال وهذا نوع منه

أي هذا الذي شرع فيه نوع من البيع المكروه من ملك مملوكين صغيرين أو صغيرا وكبيرا أحدهما ذو
رحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها
فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة وكره بيعه معطوف على قوله صلى الله عليه وسلم من حيث المعنى
لأن تعذيبه والأصل فيه ما قال النبي صلى الله عليه وسلم ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه
غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدرك أدرك ويروى
اردد اردد ووجه الاستدلال بالأول هو الوعيد وبالثاني تكرار الأمر بالإدراك والرد والوعيد
جاء للتفريق والأمر بالإدراك على بيع أحدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فعلم بكراهة البيع لإفضائه
إلى التفريق وهو مجاور منفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك استئناس الصغير
بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه
ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد النبي على ذلك بقوله من فرق بين والدة وولدها فإن كان المراد
بترك المرحمة تركها بالتفريق ويكون أن يكون المراد في قطع الاستئناس والمنع من التعاهد ترك المرحمة
وذلك متوعد بقوله صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق إنما هو باعتبار الاستئناس
والتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام
بالأصل للمولى والصغر قصدا فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما أصلا
حتى لو كان أحدهما أختا رضاعا للآخر أو كانت أمه والآخر ابنها من الرضاع أو كان أحدهما ولد عم أو
خال أو كان أحدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لأن النص إنما ورد بخلاف القياس لأن القياس يقتضي
جواز التفريق بوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين وكل ما ورد من النص بخلاف القياس
يقتصر على مورده ومورده الوالدة وولدها والأخوان قيل في كلام المصنف تناقض لأنه علل بقوله
ولأن الصغير يستأنس بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لأن النص ورد
بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا حتى قال الشارح الجواب ما أشرنا إليه في تقرير كلامه
أن مناط حكم المنع عن التفريق إنما هو الاستئناس والتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بدون
ضم الولاد والصغر قصدا فهو بيان لما عسى يجوز به إلحاق الغير بالوارد لا أنه إذا ساواه لا يتبادر الوصف الجامع
بين المقيس والمقيس عليه تحصيلا فلا تناقض بين قوله معلول على التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس
إذا ظهر هذا تبين أنه ليس في القرابة ولا في المحرمية ولا ما فيه ضم ما ليس في القرابة المحرمة للنكاح
ولا ما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح
لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وإن كان أحدهما صغيرا فكانت منقوضة

بالعلة

اولزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسد عند عامة المشايخ والاول من المواضع ما اذا صار احدهما في ملكه
الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا دبّروا واستولده ان كانت امة فانه لا باس ببيع الاخر وان حصل التفريق
والثاني اذا جني احدهما جناية نفس او مال فان المولى ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفدا
وله رواية المنع عن البيع باداء القيمة والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شرا احدهما وكما يكره التفريق
والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس
جاز اعتاق احدهما على مال او غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضى
امه ولزم التفريق واذا تاملت ما مهّد لك انفا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرتين يشمل
على العذر اما الاول فلان بيع احدهما امتنع من معنى شرعي لو منع عن بيع الاخر تضرر المولى المنظور
اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به ولا يقال المنع عن تعسّر التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار
فكيف يتحمل لانه لولم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث واما الثاني فلانه لو الزم المولى الفدا بدون اختياره تضرر واما
الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم عن شراه تضرر الصغير قصدا وعادة
على هو ممنوع عنه بالنقض فان الحربي يدخلها دار الحرب فينشآن فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا لعرضية الاسر
والقتل وفي الاخرة لان الظاهر انهما ينشآن من صغرهما بينهم ان يكونا على دينهم واما الرابع فلان منع احد الكبيرين
مع دفع ضرر الصغير بالاضرار بالمولى واما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن ابي
يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه في الزام المعيب اضرار للمشتري فيتعين
رده دفعا للمشتري فتعين رده دفعا للاضرار عنه واما في السادس فلان الاعتاق هو عين الجمع بالكل الوجوه
لان المعتق او المكاتب صار احق بنفسه فيدور حيثما دار اخوه ويتبعا هذا اموره على ما اراد واعتبار
لخروجه عن ملكه بعدما حصل المعنى الموجب في البقا جميعا مع زيادة وصف وهو استبداده بنفسه واما
في السابع فلان المنع مع التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر فلم يعد الاخيرتين
ضرر فلا يكون في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به واما السادس فلا تفريق فيه واما السابع فمن
قبيل اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والاخر لغيره لا باس
ببيع واحد منهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذكر الخبر مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا
صغيرا له او كبيرا او هما في مؤنته او لا وسواء كان زوجته او مكاتبه ولا يجوز بيع احدهما من احد هو لا
اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك بقوله التفريق لحق مستحق اقدام تقريره في اثنا الاسولة وجوابها
وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال اذا جني احدهما انه يستحب الفدا لانه مخير بين ان يدفع او
يفدي فكان الفدا اولى **قال** فان فرق كره ذلك وجاز العقد فان فرق كره واطلاق التفريق يدل على انه مكروه
سواء كان بالبيع او القسمة في الميراث والغنايم او الهبة او غير ذلك والبيع جائز وعن ابي يوسف انه لا يجوز
في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه السلام لعلي ادرك
ادرك ولن يدين حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع
صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت
النداء وهو مكروه لا فاسد كالاستيام والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع الاخر ممن باع منه
احدهما قوله واذا كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص ليشير الى انعراه
فيما تقدم الاحقاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين
وكانتا امتين اختين روي ان المقوقس القبط اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين اختين
وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سرية فولدت له ابراهيم وهي مارية ووهب

الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب
وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا او مكاتبا ادميا ذمينا واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه
من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

باب الاقالة

لما فرغ عن بيان البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فاعقب
ذكرهما اياها وهي من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض بدليل قلت البيع بكسر
القاف وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ندب
صلى الله عليه وسلم اليها بما يوجب التحريص عليها من الثواب اخبارا ووعدا وكلاهما لا يكون الا للمشروع
ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان دفعه لحاجتهما وشرطها ان يكون بالثمن الاول فان شرطا
اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين
ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة على الاول والنقصان منه ولو باع البائع من المشتري قبل
القبض منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيع جديد في حق ثالث ولهذا يجب الشفعة
للشفيع فيما اذا باعه او سلم الشفعة ثم تقايلا او عاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق
غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان البيع موصوفا ثم كانت في حق الشريعة بيعا جديدا
وهذا لان لفظها ينبي عن الفسخ كما ذكرنا ومعناها ينبي عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي
وجعلها فسخا او بيعا فقط اهمال لاحد الجانبين واعمالهما ولو بوجه اولى فجعلناها من حيث اللفظ فسخا
في حق العاقدين لقيامهما ومتعينا ان يكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما اذا ولدت
المبيعة بعد القبض ولدا كان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عندنا في
حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف هي بيع الا ان يتعذر جعلها بيعا اذا تقابلا في المنقول قبل القبض فيجعل
فسخا الا ان تعذر جعلها فسخا فتبطل كما اذا تقايلا في العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند
محمد هو فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقايلا باكثر من الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك
فتبطل كما في صورة بيع العرض بالدراهم بعد هلاكه استدل محمد رحمه الله بالمعنى اللغوي فقال الاقالة
اللفظ للفسخ والرفع يعني ان حقيقته ذلك يقال في الدعا اقلني عثرتي واذا امكن العمل بالحقيقة
لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل ابو
يوسف رحمه الله بمعناه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت
احكام البيع من هلاكها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت
بيعا وعملها لا ينعقد البيع بلفظ الاقالة ولا يشكل ذلك واجيب بمنع بطلانه الا ترى على ما روي
عن بعض المشايخ بالفرق بعد التسليم بانه اذا قال البائع اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم
ولم يكن بينهما عقد اصلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة اضيفت الى ما لا وجود له فيبطل فيما نحن
وما نحن فيه كذلك لانها اضيفت الى ما له وجود اعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز
من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما اراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم
دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين احدهما انه يفهم منه ان ابا يوسف يجعل الاقالة بيعا

مجازا وكذلك يصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز وعن الثاني ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعت منك هذا العبد وذلك يقتضي نفي سابقة العقد واستدل ابو حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ في حقايقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان امكن والا بطل وههنا لم يمكن ان يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمله لكونها ضده واستعارة احد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولو لم يحتمل لم يكن كذلك اجاب المصنف بان ذلك ليس بطريق المجاز اذ الثابت بالمجاز ثابت بمقتضى الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبائع ببدل لان ظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره بوجه آخر ان اسطات البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضروراته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه آخر ان المدعي ان تكون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس بمقتضى الصيغة لان كونها فسخ بمقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لابي حنيفة رحمه الله عما استدل به ابو يوسف من ثبوت الاحكام ما قيل الشارع يبدل الاحكام ولا يغير الحقايق فانه اخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يتغير وثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة فمن الحقايق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ اذا ثبت هذا فما ذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة لانه ليس كذلك لان فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربا لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خاليا عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربوا ولان في الشرط شبهة الربوا وهي معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع ما لم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسئلة ما اذا اشترى جارية بالف درهم وتقايلا بالف درهم صحت الاقالة وان تقايلا بالف وخمسمائة صحت بالف وتلغو ذكر الباقي وان تقايلا بالف الا مائة فان لم يدخلها عيب صحت بالف ولغى النقص ووجب على البائع رد الالف على المشتري وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط ويصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عما اذا يكون الحط بقدر حصة العيب او ازيد منه وقدر حصة العيب والزيادة عليه مما يتغابن الناس فيه او لا وقال بعض المشايخ ان قيل المسئلة ذلك هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله وان نفسخ لكنه في الزيادة غير ممكن فجعل بيعا لما امكن كما اذا تعذر العمل بالحقيقة فيصار الى المجاز صونا لكلام العاقل عن الالغاء ولا فرق في الزيادة والنقصان عند ابي يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في فصل

النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن وانه كان فسخا فهذا اولى واعترض بان كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن اما ان يكون على مذهبه خاصة او على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير صحيح لان ابا يوسف جعله بيعا لامتناع جعله بيعا لا لانعدام ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصح بيعا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق لما بينا ان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب ولو كانا بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع للفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكر في الزيادات ان الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة لانه لا يصح فسخا وقد تعذر رعاية لحق الشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لان الزيادة المتصلة لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها والتقايل دليل الرضا فامكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع واما في غيره كالعقار فانه فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما عند ابي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قيام المبيع لان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل هو المبيع فهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما اي احد العوضين بينا بان تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد في يد بايع الجارية ثم تقايلا البيع في الجارية ووجب رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك احدهما بعد وجودها لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما اما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما صحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشكل بالمقايضة فانها لا تبقى اذا هلك احد العوضين قبل القبض وكان احدهما هالكا وقت البيع فانها لا تصح مع ان كل واحد منهما في معنى الآخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فجاز ان يكون العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالمبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض واما هلاك احدهما لانه هلاكهما جميعا مبطل للاقالة بخلاف الصرف فان هلاكه البدلين جميعا فيه غير مانع عن الاقالة مع ان لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن كما في المقايضة لانهما لما لم يتعينا لم يتعلق الاقالة باعيانهما قائمين بل برد المقبوض ورد مثله سيان نصا تقلا لهما كقيامهما وفي المقايضة تعلقت باعيانهما قائمين فمتى هلكا لم يبق شيء من المعقود عليه فترد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة تصح بلفظين احدهما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول الآخر اقلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تبارك وتعالى وقال محمد رحمه الله تبارك وتعالى لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل ان يقول اقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا يكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في اول البيوع وجه تفصيلها وهذا موضعه وعرف المرابحة بنقل ما ملكه من السلع بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بانه غير مطرد ولا منعكس اما الاول فلان من اشترى دنانير بدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه واما الثاني فلان المغصوب الآبق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه للغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه ليس بعقد وبانه مشتمل على ما يجب تعريفه خلو التعريف عنه وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يريد به عين الثمن الاول او مثله والاول باطل لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مرادا في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما ان يراد المثل من حيث الجنس والمقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مرابحة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال كالدراهم من الدراهم او من غير الدراهم من الدنانير او على العكس اذا كان معلوما يجوز به الشراء لان الكل ثمن والثاني يقتضي ان لا يضم الى رأس المال اجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الاول على الثمن المشروط في المرابحة اصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة او وصية فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط فكيف يخلو هذا الاول عن بيان ان يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عليه والجواب عن الاول انا لا نسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء وان قضى القاضي بالقيمة عاد عقدا حتى لا يقدر المالك على رد القيمة واخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع او قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة والى ذلك يشير بقوله العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والصنعة كاسمه يحتاج ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صحت التولية عن النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكر في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضي وانتفاء المانع ولهذا اي للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى البيعين اي بناؤهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة والتولية فاذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة فشبهه الخيانة كما في المجازفة في الاموال الربوية ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة انما يحتاط فيه **قال** ولا تصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل لا تصح المرابحة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا ان مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة في القيميات ان امكن فلا يمكن عن شبهتها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف

بالحزر والظن فتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملكه ذلك البدل من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من درهم او شيء من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه بربح ده يازده مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال لان البائع باع المبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء من احد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز وعلم من هذا ان الثمن الاول اذا كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان بغيره فلا يخلو اما ان يطلق الربح او ينسب الى رأس المال فان كان الاول وكما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة او ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف الجاري في عدم الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء تزيد في ذلك فالصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان فيلحق به ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا لان القيام عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى واذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فانا ابيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكذا بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف اجرة التعليم فاذا انفق على عبده في تعليم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لان الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذق والذكاء لا بما انفق على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق والحجام والختان فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما بالبينة او باقرار البائع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب ان يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية وان كان الاعتبار لها تعلق العقد بالمسمى والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة وفواته يوجب التخيير ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية لا التسمية ولهذا لو قال وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر عن التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطل صلاحيتها لذلك فبقي ذكر المرابحة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في الفصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المرابحة من رأس المال وما يخصه من الربح جميعا كما اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية فيحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم فياخذ الثوب باثني عشر درهما ولابي حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول وهذا ليس كذلك لانه لا يجوز ان لا يبقى تولية لئلا يتغير التصرف ولكن تتفاوت الربح فيخير بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة فمن قال بالحط كان له الحط ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد لاجل العيب المستحق للشرع فسقطت المطالبة بتسليم الجزء الفائت فيسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روي عن محمد في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن

دفعاً للضرر عن المشتري قال ومن اشترى ثوباً فباعه بربح الكلام في وضع هذه المسألة وصورتها ظاهر وأما الكلام
في دليلها فلأن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة
عليه إذا تخلل ثالث بأن اشترى من مشتري مشتريه وقال أبو حنيفة رحمه الله شبهة حصول الربح الحاصل بالعقد
الأول ثابتة بالعقد الثاني لأنه كان على شرف السقوط بأن يرد عليه بعيب فإذا اشترى من المشتري تأكد ما كان
على شرف السقوط وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب كالشهود إذا شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا
نصف المهر لتأكدهما كان على شرف السقوط وإذا كان شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني
ثوباً وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بإزاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازاً عن شبهة
الخيانة فإنها كحقيقتها احتياطاً في بيع المرابحة ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب
لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لأن الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع
مرابحة فكذا إذا تمكنت الشبهة وعورض بأنه لو كان كذلك لما جاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين لأنه
يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض
وأجيب بأن التأكيد له شبهة الإيجاب في حق العباد احترازاً عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع
وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة وأما جواز البيع وعدمه في شبهة
الربا فحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الإيجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين رحمه الله
بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح المشتري الأول بالشراء الثاني
فانتفت الشبهة **قال** وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة والحال أنه مديون
بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإن المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا إذا كان المولى
اشتراه وباعه من العبد لأن في هذا العقد كبيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي
وهو تعلق حق الغرماء بمال العبد وقيل كون العبد ملكاً للمولى ولهذا كان له أن يقضي الدين ويستخلص
كسبه عنه فصار كالبائع من نفسه فاعتبر عدماً في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة
وإذا علم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وإنما يبيعه على الثمن المذكور في الأول وإنما
قيد المحيط برقبته لأنه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئاً لم يصح لأنه لا يفيد المولى شيئاً لم يكن له
قبل البيع لأنه ملك الرقبة والكسب هكذا ذكره محمد رحمه الله في الأصل وكذا ذكره شيخ الإسلام والصدر
الشهيد وقاضيخان ولم يقيده الطحاوي والعتابي والحق قيده لما ذكرنا **قال** وإن كان مع المضارب
عشرة دراهم بالنصف إذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً وباعه من رب
المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لأن مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة
وشبهتها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة لأن هذا البيع أي بيع الثوب من رب
المال بالمال وهو ماله محقق بما لا عدم لا مال لعينه فلا يكون البيع موجوداً ووجه الجواز عندنا
اشتماله على الفائدة فإن فيه استفادة ولاية التصرف لأن بالتسليم إلى المضارب انقطعت ولاية
رب المال عن ماله في التصرف فيه فيما اشترى المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود
وإذا كان مشتملاً على الفائدة ينعقد لأن الانعقاد يتبع الفائدة ألا ترى أنه إذا جمع بين عبده
وعبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفائدة انقسام
الثمن وأما أن فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليله [illegible] وقد أشار المصنف بقوله ألا
ترى أنه بمعنى المضارب وكيل عن رب المال في البيع الأول من وجه وعلى هذا وجب أن لا يجوز
البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله وإذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني

كالمعدوم

كالمعدوم في حق نصف الربح لأن ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازاً عن شبهة الخيانة
ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيعه مرابحة على ذلك **قال**
ومن اشترى جارية فاعورت إذا اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري بآفة سماوية
أو بفعل الجارية نفسها أو وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطء جاز له أن يبيع مرابحة ولا يجب
عليه البيان لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن قوله
ولهذا توضيح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم إلى
المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع إذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها الثمن
وعورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشتري إذا وطئ ثم وجد عيباً لم يتمكن
من الرد وإن كانت ثيباً وما ذلك إلا باعتبار أن المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء
من المبيع عند المشتري وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها فإما أن يردها مع العقر
أو بدونه لا سبيل إلى الأول لأن الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ
لا يرد عليها ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشتري مجاناً والوطء يستلزم
العقر عند سقوط الحد لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن أبي يوسف أنه لا يبيع في الفصل
الأول أي في صورة الاعورار من غير بيان كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه أن للأوصاف
حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية أو بصنع العباد وأما إذا فقأ عينها
راجع إلى أول المسألة وفي بعض النسخ قلنا فيكون جواباً لقول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله يعني
إذا فقأ المشتري عينها بنفسه أو فقأها أجنبي سواء كان بأمر المشتري أو لا لأنه كفعل المشتري بنفسه
وأما إذا كان بغير أمره فلأنه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابس بدل جزء من
المعقود عليه فيمتنع المرابحة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على أخذ أرشها وهو المذكور
في لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في النهاية كان ذكر الأرش بسبب أن أخذ الأرش فلا خذ حكمه ثم
قالوا الدليل على هذا الإطلاق ما ذكر في المبسوط كذلك وكذا إن وطئها وهي بكر لا يبيعها مرابحة إلا
بالبيان لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فلا بد من البيان ولو اشترى ثوباً
فأصابه قرض فأر القرض من قرض الثوب بالمقراض إذا قطعه ونص أبو البشر على أنه بالفاء أو حرق
نار جاز أن يبيعه مرابحة من غير بيان لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولو تكسر الثوب بنشره
وطيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان لأنه صار مقصوداً بالإتلاف وقوله والمعنى ما بينا إشارة إلى هذين
الدليلين **قال** ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ذلك للمشتري
فعلم المشتري فإن شاء رده وإن شاء قبل لأن للأجل شبهاً بالمبيع فإنه يزاد في الثمن لأجل الأجل والشبهة
في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والمرابحة
توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض بأن الغلام السليم الأعضاء يزاد في ثمنه لأجل سلامة
الأعضاء للشبهة الجعل التسليم وإذا فاتت سلامة الأعضاء لم يجب البيان على البائع كما في مسئلة اعورار
العين وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوصاً عليها [illegible] في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو أن
يقول للحال بكذا وإلى شهر بكذا فيكون بزيادة معلومة فيثبت زيادة الثمن في الأجل بالشرط ولا يثبت
ذلك في سلامة الأعضاء وسيشير المصنف إلى هذا بقوله ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد وإن
هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة
ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ إن كان المبيع قائماً فأما أن يسقط شيء

من الثمن بعد الهلاك فلا وإلا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل **قال** وإن كان وَلّاه إياه
يعني أن التولية كالمرابحة فيما إذا علم المشتري أنه كان اشتراه بأجل وباعه إياه بثمن غير بيان فكان للمشتري الخيار
لأن التولية في وجوب الاحتراز عن الخيانة وشبهتها كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الأول بلا زيادة ولا نقصان
وإن كان استهلكه ثم علم بالخيانة لزمه بألف حالّة لما ذكرنا أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن
أبي يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الإتلاف
وسيأتيك بعد في مسائل منثورة قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه أبو الليث روى عن محمد أنه قال إنه
كان للمشتري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لأن القيمة قامت مقامه وهذا على أصله في التحالف بعد الهلاك فإنه أقام القيمة مقامه وقيل وهو قول أبي جعفر البلخي يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل
ما بينهما ولو لم يكن الأجل مشروطا في العقد لكنه منجم معتاد لعادة بعض البلاد يشترون بثمن
الثمن بعد شهر إما جملة أو منجما قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لأن
الثمن حال **قال** ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه إذا قال ولينك هذا بما قام علي
يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل ونحو ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه
فالبيع فاسد لجهالة الثمن فإن أعلمه البائع في المجلس صح البيع وخير المشتري إن شاء أخذه وإن شاء
تركه أما الصحة فلأن الفساد لم يتقرر بعد فكان فيه احتمال الصحة فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء
العقد لأن ساعات المجلس كساعة واحدة فصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد
المتقرر لا يقبل الإصلاح ونظيره البيع بالرقم وصحته بالبيان في المجلس وتقرر فساده بعدمه فيه وأما
خيار المشتري فلخلل في الرضا لأنه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفة
فكان في معنى خيار الرؤية فالحق به

فصل

وجه إيراد الفصل ظاهر لأن المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب
المرابحة استطراد باعتبار تقييدها بقيد للبيع على البيع المجرد عن الأوصاف كالمرابحة والتولية ومن
اشترى شيئا مما ينقل ويحول احتسابا وهو المراد بقوله يحول تنبيه لئلا يتوهم أنه احتراز عن المدبر
لم يجز له أن يبيعه حتى يقبضه لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض وهو بإطلاقه حجة
على مالك رحمه الله في تخصيصه ذلك بالطعام يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه ولأن ابن عباس قال
وأحسب كل شيء مثل الطعام وذلك دليل على أن التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معروفا بين الصحابة
رضي الله عنهم حديث الطحاوي في شرح الآثار مسندا إلى ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال ابتعت زيتا في
السوق فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني فيه ربحا حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من
خلفي بذراعي فالتفت فإذا هو زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك فإن
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلعة حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم وأما قيد
بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليبقى على الاتفاق فإن الهبة والصدقة جائزة عند محمد وإن كان قبل
القبض فإن كل تصرف لا يتم إلا بالقبض فإنه جائز في المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فقبضه
لأن تمام هذا العقد لا يكون إلا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والإجارة فإنه يلزم بنفسه ويجوز

ان البيع اشتراء نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع
ولأنه فيه غرر انفساخ العقد الأول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير جائز لأنه صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنه علمه وقد تقدم واعترض بأن غرر الانفساخ بعد القبض
أيضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق أصلا لأن عدم الهلاك كذلك فاستويا وأجيب
بأن عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق لقوله
تعالى وأحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه لأن فيه غرر الانفساخ بالهلاك وبالاستحقاق
وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي
حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا إلى إطلاق الحديث واعتبارا
بالمنقول كما مع عدم القبض فيهما وصار كالإجارة فإنها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع
اشتمالهما على ربح ما لم يضمن فإن المقصود من الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي
الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لأنه لم يدخل في ضمانه كما في الإجارة ولهما أن ركن البيع
صدر من أهله لكونه عاقلا بالغا غير محجور عليه في محله لكونه مملوكا له وذلك يقتضي الجواز والمانع
وهو الغرر معدوم فيه لأنه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فينفسخ العقد لوجود المقتضي
وانتفاء المانع بخلاف المنقول فإن المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فإنه غرر الانفساخ
قد يوجد بالرد بالعيب وأجيب بأنه لا يصح لأنه إذا باع المبيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري حينئذ
لا يملكه المشتري الأول الرد وفيه نظر لأنه عليه بعضا عادله الرد والأولى أن يقال الكلام فيما فيه غرر الانفساخ
وما ذكرتم غرر الفسخ وإذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث
معلول به فلم يدخل فيه العقار رجحا وبيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والإجماع
واعترض بأنه تعليل في موضع النص وهو ما روي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل
في موضع النص غير مقبول وأجيب بأنه عام دخله الخصوص لإجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل
القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فحملناه على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لأن المراد
بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام إذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه سلمنا
أنه نهى عن بيع ما لم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الأسباب لكن الإجماع لا يصلح مخصصا سلمنا
صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله وإذا كان الحديث متعلقا
بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك إذ الشيء لا يحتمل تناول ما لا يتناوله ولا فردا وأعلم أني أذكر
لك ما سنح لي في هذا الموضع بتوفيق الله على وجه يندفع جميع ذلك وهو أن يقال الأصل أن يكون بيع المنقول
وغير المنقول قبل القبض جائز العموم قوله تعالى وأحل الله البيع لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن
وهو قوله تعالى وحرم الربا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي أنه نهى عما لم
يقبض ثم لا يخلو إما أن يكون معلولا بغرر الانفساخ أو لا فإن كان فقد ثبت المطلوب وحيث لا يتناول
العقار وإن لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسندا إلى الأعرج عن أبي هريرة
أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين أدلة الجواز فذلك يستلزم الترك وجعله
معلولا بذلك إعمال النبوة التوفيق حينئذ والإعمال متعين لا محالة وكلام بيننا ولا العقاد ثم بينا ولا الصداق
وبدل الخلع ويكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض هذا والله أعلم بالصواب قوله
والإجارة صوابه أن قياس محمد بصورة النزاع على الإجارة وتقريره أنها لا تصح متبيسا عليها لأنها على
الاختلاف قال في الإيضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز إجارته لأن صحة الإجارة بملك الرقبة

ملكه في التابع وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول في الاجارة حتى يملك المنافع
فيمتنع جواز بيعها كبيع المنقول قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة اذا اشترى
المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد واراد التصرف فذلك على اقسام اربعة اشترى مكايلة
وباع مكايلة او اشترى مجازفة وباع كذلك او اشترى مكايلة وباع مجازفة او بالعكس من ذلك ففي
الاول لم يجز للمشتري من المشتري الاول ان يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري
الاول كذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع
المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه
وهو بترك التصرف فهذه العلة موجودة في الموزون فكان مثله وفي الثاني لا يحتاج الى الكيل
لعدم الافتقار الى تعيين المقدار وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني الى الكيل لانه لما اشترى مجازفة
ملك جميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفا في ملك نفسه قال المصنف لان الزيادة له واعترض
بان الزيادة لا يتصور في المجازفة واجيب بان معنى الجائز انه اشترى كيليا مكايلة فاكتاله على
انه عشرة اقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنى عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل
الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التمحل ما ترى وقيل المراد التي كانت في ذهنه لما باع وذلك
بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو زائد على ما ظنه فالزائد للمشتري وتجويزه
تحمل من باب الفرض ومعناه ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة
زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف
فعلى تقدير عدمه اولى ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض كما في قوله تعالى ان تدعوهم لا يسمعوا
دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد اما كيل المشتري او كيل البائع
بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا
واما المجازفة فلا يحتاج اليه كما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول
الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط
وذلك انما يتصور اذا بيع مكايلة فاثبتنا ولم ما عداه ورد بانه دعوى مجردة واجيب بان التقسيم
عن عهدة ذلك لان يقال قوله تعالى واحل الله البيع يقتضي جوازه مطلقا وهو مخصوص باية الربوا
فجاز تخصيصه بخبر واحد وفيه ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند
توهم زيادة او نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان
جائزا بلا كيل ثم في قوله اشترى مكيلا اشارة الى انه لو ملكه بهبة او ارث او وصية جاز التصرف فيه
قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا كما سيأتي وحكم بيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان
الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد به النص فيلحق
به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا معتبر بكيل البائع وهو المشتري قبل البيع وان كان بحضرة
المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهذا الشرط كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري
لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة
المشتري قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما
بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سيأتي
في باب السلم في كر قال اذا حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه لم يكن قضاء وان
امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط

الكيل الا بعد ما يبين الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسألة انه
الصحيح ان يكتفي بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا
وجد العقدان يشترط الكيلان ولا يكتفي بالكيل الواحد فيه ان قيل يصح من الرواية بل الجواب فيه على
الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بان يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع
المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع البيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة
وكاله بحضرة مشتريه يكتفي بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع
الصفقتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكانه يقول
دليل على وجوب الصاعين فيما اجتمعت الصفقتان كما في اول المسألة وما سيأتي في باب السلم
واما فيما نحن فيه فلا فهلا وان نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط
وذلك للبائع تقتضي ان يكتفي بالكيل الواحد في اول المسألة ايضا كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب
الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة او قياس واستحسان لكان ذلك وفقا جاريا على
القولين لكني لم اظفر بذلك ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عن ابي يوسف
ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة لانه ليس بمال الربا فلهذا جاز بيع الواحد بالاثنين فكان كالمذروع
وحكمه قد مر كالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة وهو قول الكرخي لانه لا يحل الزيادة الا
تركيا من المشتري جوز على انها الف فوجدها اكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها اقل تسترد
حصة النقصان من البائع كالموزون فلا يحل جواز التصرف بعين العد كالوزن في الموزون
قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز التصرف في الثمن قبل القبض جائز سواء كان مما يتعين كالمكيل والموزون
حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدله شيئا آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كنا
نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوزه رسول الله
صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم
تعينها بالتعيين اي في النقود بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد البائع في الثمن اذا اشترى عينا بمائة
ثم زاد عشرة مثلا او باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل
ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع
حتى يدفعها اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق
بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بهما واذا جاز ذلك فالزيادة
يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان بحكم اعتبار الالحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة اي الهبة
ابتداء لا يتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه لان المشتري ملك
المبيع بالعقد فالزيادة في الثمن يكون عوضا بملكه ملك نفسه فهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط
الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار برا مبتدأ ولنا ان البائع والمشتري بالحط والزيادة
غيرا العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع تجارة وتلحق وعدل والزيادة
في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع اصل العقد بالاقالة فالاولى ان تكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف
لان التصرف في صفة الشيء اهون من التصرف في اصله فصار كما اذا كان لاحد العاقدين او لهما خيار الشرط
فاسقط او شرطا بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد كذا صح الملحق باصل العقد لان الزيادة
في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة يقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان
حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض اجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل

لانه تبدل باصله لا تغير بوصفه لان عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من ان يكون ثمنا فالشرط فيه قيام
الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا واما حط الجميع فتبديل للعقد لانه اما ان يبقى بيعا باطلا
لعدم الثمن حينئذ وقد علمنا انهما لا يقصدان ذلك او يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون
الهبة فلا يلتحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط البعض
باصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه وتظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة
حتى يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري
باع الآخر وليته هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط ملتحقا باصل
العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة وتظهر حكمه ايضا في الشفعة
حتى ياخذ الشفيع بما بقي في الحط قوله وانما كان للشفيع جواب سؤال تقديره لو كانت الزيادة ملتحقة
باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع ان ياخذ
بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال حقه وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير
بتراضيهما وهذا كله اذا كان المبيع قائما واما اذا كان بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر
الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون في موجود والشيء
يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج
البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال
ويلتحق باصل العقد استنادا وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يصح زيادة الثمن بعد
هلاك المبيع ووجهه ان يجعل المعقود عليه قائما تقديرا ويجعل الزيادة تقديرا كما جعل قائما اذا
الحق المشتري على عيب كان به قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقد
لا بالمحل فاشتراط المحل لاثبات الملك او لبقائه بطريق التجدد فلم يكن لابقاء العقد حقيقة فائدة فاما
فيما وراه فيه فائدة فتبقى الزيادة في المبيع جائزة لانها تكلف في مقابلة الثمن وهو قائم
ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن قال ومن باع بثمن
حال ثم اجله اجلا معلوما اذا باع شيئا بثمن حال ثم اجله لا يخلو من ان يكون الاجل معلوما او مجهولا
فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين فلا يتاجل كالقرض
ولنا ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتاجيل رفقا بمن عليه ولان التاجيل اثبات براءة موقتة الى حلول
الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة الموقتة اولى وان كان الثاني
فلا يخلو اما ان تكون الجهالة فاحشة او يسيرة فان كان الاول كما اذا اجله الى هبوب الريح ونزول
المطر لا يجوز وان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة
وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا كل دين حال بتاجيل صاحبه يصير مؤجلا لما ذكرنا انه حقه لكن القرض
لا يصح تاجيله معناه لان القرض في الابتداء صلة واعارة ثم بعد الاعتبار من التبرعات ولهذا ان القرض
رد المثل لا رد العين فعلى اعتباره الابتداء لا يصح اي لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات
وعلى الاعتبار في الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا يقتضي فساد القرض
لكن ندب الشارع اليه فاجمع الامة على جوازه فاعتبرنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم وتوقضه ما اوصى
بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه
ولا يطالبوه قبل المدة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى فيكون وصية
بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان

كانت

كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التاجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد
قبل السنة حقا للموصي والله اعلم

باب الربوا

لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله
شرع في بيان انواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا الربوا فان
النهي يعقب الامر وهذا لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي
هو الربوا ولهذا لما قيل لمحمد الا تصنف شيئا في الزهد قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده بينت فيه
ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال والربوا في اللغة هو الزيادة من
ربا المال اي زاد وينسب ويقال ربوي بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب
وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع قال الربوا في كل مكيل وموزون اي حكم
الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة جار في كل ما يكال او يوزن اذا بيع بمكيل وموزون من جنسه فالعلة
اي الوجوب المماثلة هو الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس قال المصنف ويقال القدر مع الجنس وهو
اشمل لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الآخر والاصل فيه الحديث المشهور الذي تلقته
العلماء بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء
الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ومداره على عمر بن الخطاب
وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم ويروى بروايتين
بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه
واعرب باعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر والمراد بالمماثلة من حيث الكيل بدليل
ما روي كيلا بكيل وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت المكيل والموزون
لا ما يطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم
عليه ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها ورديها
سواء كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضا فان قيل لعدم بيعوا يوجب البيع وهو مباح
والجواب بان الوجوب مصروف الى الصفة لقولك مت وانت شهيد وليس الامر بالموت ولكن بالكون على
صفة الشهيد اذا مات كذلك المراد بكون البيع على صفة المماثلة وقوله يدا بيد المراد به عندنا عينا بعين
وعند الشافعي قبض بقبض وقوله والفضل ربوا الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات
احدهما على الاخر حرام والحكم معلول لاجماع القايسين احترازا عن قول داود ومن المتاخرين وعثمان البتي
من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه من القدر
والجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل
العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وحينئذ لا يكون لها اثر في تحريم النساء فلو اسلم هرويا في
هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود احد وصفي العلة وسياتي والمساواة مخلص يتخلص بها عن الحرمة
لان الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال يدا بيد مثلا بمثل منصوبا على الحال والاحوال
شروط هذا في رواية النصب وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب لانه عدل الى الرفع للدلالة على

المؤونة وكلمة لكن اي كل من الشرطين يشعر بالعزة والخطر كالشهادة في النكاح فاذا كان عزيز الخطر ابتغاء للبهجة
تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم في المطعومات لبقاء الانسان به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال
التي هي مناط المصالح بها كان اثر الجنسية في ذلك اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا ولما صار ان العلة
انما تعرف بالتاثير والطعم والثمنية اثرهما ذكرنا وليس للجنسية اثر لكن العلة لا تكمل الا عند وجود الجنس فكان
شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا وعدما لا وجوبا به وقلنا ان الحديث اوجب المماثلة شرطا في البيع بقوله
مثلا بمثل لما مر انه حال والاحوال شروط ووجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لا حرمة الربا لان
ثلاثة لتحقيق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالمماثلة
لانه لو كان احدهما انقص من الاخر لم يحصل التقابل من كل وجه او صيانة لاموال الناس عن التوى
لان احد البدلين اذا كان انقص من الاخر كان التبادل مشتملا لفضل ما فيه الفضل او تتميما للفايدة
باتصال التسليم به اي بالتماثل يعني انه في النقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرط المماثلة قبضا بعد
مماثلة كل منهما للاخر تتميما لفائدة العقد وهو ثبوت الملك فيه وفيه نظر لانه خارج عن المقصود وهو بيان
وجوب المماثلة بين العوضين وذكر لاثبات المماثلة من حيث القبض والاولى ان يقال لو لم يكن احد
العوضين مماثلا للاخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حق احد المتعاقدين
وضررا في حق الاخر واذا كان مماثلا للاخر يكون نفعا في حقهما فتكون الفائدة اتم بعد القبض لكونه نفعا
في حقهما جميعا ولقائل ان يقول لعله لاحد الثلاثة المذكورة من اشتراط التماثل لما يجب تحقيقه في
سائر البياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب
التماثل في الجميع لئلا يتخلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبها في الربا هو النص والوجوه المذكورة
حكمية لا علية لئلا يتصور التخلف واذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواتها حرمة الربا عند فوت
شرط الحل لئلا توجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة
ويمكن ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو معنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام
لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه اتم فليطلب ثمه قوله والمماثلة بين الشيئين باعتبار علة القدر
والجنس لوجوب المماثلة وذلك لان المماثلة في الشيئين باعتبار الصورة والمعنى وهو واضح والمعيار
يسوي الذات اي الصورة والجنسية تسوي المعنى فاذا كان مثلا من بر بمثله وكيلا من كيل من حيث القدر
والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى قطعا بل
ان يقول قد ثبت ان المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا
لاثبات شرط وذلك باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء واما بطريق التعدية من
اصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وما نحن
فيه كذلك لان النص اوجب المماثلة في الاشياء الستة شرطا فاثبتناه بتعدية فكان جائزا فاذا ثبت
وجوب المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا وهو الفضل المستحق لاحد
المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد قوله ولا يعتبر الوصف يجوز ان يكون جواب
سؤال تقريره ان المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب لا يعتبر الوصف لانه
لا يعد تفاوتا عرفا فاذا استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا في المالية والفضل من حيث الجودة
ساقط العبرة في المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الا من باب السرف وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما
تفاضلا في القيمة في العرف والاولى اعتبار ما يسد باب البياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات انسد
باب مطلق البياعات او لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء قوله والطعم والثمنية

بمعنى ثم

لتتميم ثم

وجوبية

جواب عن جعله الطعم والثمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما اضيف
اليهما لانهما لما كانا من اعظم وجوه المنافع كالسبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق
الا ترى ان الحاجة اذا اشتدت اثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف تؤثر في حرمة المباح
بل سنة تجري في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا
فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد فلا يكون المساواة
مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل والموزون
بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل او وزنا بوزن جاز البيع لوجود المقتضي وهو المبادلة المعهودة
في العقود مع وجود شرط وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروي وان تفاضلا لم يجز لتحقق
الربا بانتفاء الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردي الا مثلا بمثل قال ويجوز بيع الحفنة
بالحفنتين اي ومما يترتب على الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين
لان عدم الجواز بتحقق الفضل يظهر بعد وجود المساواة والمساواة بالكيل
ولا كيل في الحفنة والحفنتين لم يدخل تحت المعيار الشرعي وجب القيمة عند الاتلاف لا المثلية
فلو بقيت مكيلة او موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال
دون القيم وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز لان علة الحرمة هو الطعم وقد وجدت والمخلص
المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم
وعدم المسوي وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة
بست حفنات منها وهما لا يبلغان حد نصف صاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع بما دونه
واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد نصف الصاع والاخر لا يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن
ذلك ما اذا تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد فانه لا يجوز
عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال فاذا عدم الوصفان اذا
ثبت ان علة الحرمة شيئان فاما ان يوجدا او يعدما او يوجد احدهما دون الاخر فالاول ما تقدم والثاني
ظهر عنده حل التفاضل والنسا لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما اشار اليه بقوله والاصل فيه الاباحة
يعني اذا كانت اصلا وقد تركت لوجود العلة التي هي القدر والجنس ظهر عند عدمها لان العدم ليس
شيئا واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسا مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة
في شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النسا باحدهما حتى لو باع عبدا بعبد الى اجل لا يجوز لوجود
الجنسية وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النسا لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة
الفضل بالاتفاق وحقيقة الفضل غير مانع من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين
والعبد بالعبدين فالشبهة اولى قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النسا زيادة فائدة
لان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن
ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النسا انما لم توجد عنده في صورة الجنس واما في
صورة القدر فقد يوجد فانه لم يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان
علة ذلك عنده غير القدر وهو التقابض في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا انه مال ما قال المصنف
رحمه الله من انه مال الربا من وجه وتحقيقه ما ثبت انه في باب الربا حقيقة وشبهة لا نزاع
في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة يحتاج الى محل وعلة ولا يجوز ان يكون علة محل الحقيقة
لانها كانت حقيقة او مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل شبهة علة وما جرى

اذ لو وجد

كالحقيقة

فيها الشبهة مال الربا من وجه نظرا الى القدر بجمعها كما في الحنطة مع الشعير او الجنس كالهروي مع الهروي
اذا كان احدهما نقدا والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فيكون كل منهما
شبهة العلة وبشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة
الربا في محل صالح للعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين احدهما
ما قيل ان كونه فيه مال الربا من وجه شبهة وكون النقدية اوجبت فضلا شبهة الشبهة فهي المعتبرة
دون النازل عنها والثاني ان كون شبهة الربا كالحقيقة اما ان يكون مطلقا او في محل الحقيقة والاول
ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب ان تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول
ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وعنه شبهة اخرى وهي التي في العلة وبشبهة العلة
والمحل يثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في
محل الشبهة وهو مما ذكرنا لان الحقيقة مانعة في محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل ما بال
المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالاحاديث التي تدل على كل واحد منهما كما استدل بعض الشارحين
بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فامرني ان اشتري
بعيرا ببعيرين الى اجل للشافعي رحمه الله وبما روى ابو داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب ان جهالة التاريخ وتطرق احتمال النسخ
منعاه ذلك فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به اولى من المذكور في الكتاب
فالجواب ان الخصم ان سلم الاجماع فله ان يقول انهم اجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها
وقوله الا انه اذا اسلم استثناء من قوله فاذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء فان
ذلك يقتضي عدم اسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى
الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه
وحكما اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامنا والنقود بالسنجات وهي معربة سنك تر ونقل
عن الفراء ان السين افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين واما الثاني فلانه
لو باع بالنقود موازنة بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه عشرة
دنانير مثلا وقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط انه منوان مثلا
وقبضه المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى
وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونين اذا اتفقا
كان المنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن وهي شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة
وهي غير معتبرة لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فيجمعهما الوزن لان اطلاق الوزن
عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي ليس الا وهو لا يقتضي الاتحاد بينهما فصار كان الوزن لم يجمعهما حقيقة
وفي عبارة المصنف رحمه الله تسامح فانه قال اذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولعل ذلك
شمس الائمة يقول لا تفاوت فيهما في الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا حمل قوله صورة على ان
معناه صفة كما قال في اول التعليل في صفة الوزن فذكر اعتبارا بما ذكره شمس الائمة وقال
العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص في السلم والاصل في رأس المال هو النقود فلو لم يجز
لوجود احد الوصفين لانسد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب فان شرع الرخص
في التجويز وهذا ظاهر من العرف قال شمس الائمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولسنا نقول
به قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم كلما نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه

كيلا

كيلا كالحنطة والشعير والتمر والملح فهو مكيل ابدا وان ترك الناس فيه الكيل وكل ما نص على تحريمه
فيه كالذهب والفضة فهو موزون ابدا لان النص اقوى من العرف لكونه حجة على من تعارفه وعلى
من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به ولان الاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه
فهو محمول على عادات الناس لانها اي عادات الناس دلالة على جواز الحكم فيها وتعتمد عليه لقوله صلى الله
عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف رحمه الله اعتبار العرف
على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك اي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون
في ذلك الوقت انما كان للعادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت
فيجب ان يبتنى الحكم على ما وافق ذلك فعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا او ذهبا بجنسه
متماثلا كيلا جاز عنده اذا تعارفوا ذلك فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوا
لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا
على ما اختاره الطحاوي لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست معتبرة فيه لا علام على وجه
ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بالوزن وذكر في التتمة انه ذكر في المجرد عن
ابي حنيفة انه لا يجوز فكان في المسألة روايتان قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر
والفتح نصف من والاواقي جمع اوقية كالاثفية والاثافي وقيل هو وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح
انه اربعون درهما والظاهر انها تختلف بالزمان والمكان وكل ما يباع بالاواقي فهو وزني بخلاف
سائر المكاييل متصل بقوله لانها قدرت يعني ان سائر المكاييل لم تقدر بالوزن فلا يكون للوزن
فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في
الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان البيع مكيلا لا يجوز وانما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لانه اذا عرف
وزنه جاز في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يريد به الادهان ونحوها
لان الرطل انما يعدل بالوزن الا انه يشق عليهم وزن الدهن بالامنا والسنجات في كل وقت لانه لا يستمسك
الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيرا فعرفنا ان كيل الرطل موزون فجاز بيع
الموزون به والاسلام فيه بدلا من الوزن قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان انما نعقد الصرف ما وقع
على الاثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس وقوله يعتبر خبر ثان لقوله عقد الصرف ومعنى
يعتبر يجب لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء ومعناه يدا بيد وقد تقدم دلالته
على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه
هاء فيتقابضان وفسره بقوله يدا بيد اشارة الى افادة معنى التعيين كما تبين وما سوى جنس الاثمان
من الربويات يعتبر فيه التعيين دون التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام اي في كل مطعوم سواء بيع
بجنسه كبيع كر حنطة بكر حنطة او بغير جنسه ككر حنطة بشعير بعينه فانه اذا افترقا عن قبض فسد
العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض
تستلزمها لكونها آلة له فهي كناية ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربوا
والمؤجل ولنا انه مبيع متعين لانه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب
والعبد والدابة وغيرها وهذا اي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الفائدة المطلوبة بالعقد انما
هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب
القبض في الصرف اجاب بقوله بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به فان النقود لا تتعين في العقود
تركه ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا بعين

دليلاً له على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه
الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجماع المركب اما
عندنا فلان الشرط هو التعيين دون القبض واما عنده فبالعكس فلا بد من حمل احدهما على الاخر
وقوله يدا بيد يحتمل ان يكون المراد به القبض لانه آلته كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون بالاشارة
باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لم لم تعمل بعموم المشترك او
الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام
لانا نقول لجعلنا في الصرف بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو في معنى العين في
الحال كلها ونوقض بانه لو كان التعيين لما شرط القبض في اناء ذهب بيع باناء مثله لئلا يلزم تعيين
المعين فان الاواني تتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط واجيب بانه وان تعين لكنه لما كان
ثمنا خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربا كالحقيقة فاشترط القبض دفعا لها
واعترض بان ما ذكرتم انما هو على طريقتكم في ان الاثمان لا تتعين واما الشافعي فليس بقائل به
فلا يكون ملزما فالجواب انه ذكره بطريق المبادي هاهنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف في
موضعه وقوله وتعاقب القبض جواب عن قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس ووجهه ان المالية
تعاقب بعد تقابضا وتاثير المالية عرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفضلون
في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالا كلاهما عينا قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين
بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جائز ان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان احدهما
نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النسأ فان قيل الجوز والبيض والتمر جعلت امثالا في ضمان
المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين اجيب بان التماثل في ذلك انما هو باصطلاح على اهدار
التفاوت فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان واما الربا فهو حق الشرع فلا يعمل فيه اصطلاحهم
فيعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا وخالفنا الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز
بيع الفلس بالفلسين باعيانهما بيع الفلس بجنسه متفاضلا على اوجه بيع فلس بغير عينه بفلسين
بغير اعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين باعيانهما وبيع
فلس بعينه بفلسين باعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع اما الاول فلان الفلوس الرائجة امثال
متساوية قطعا لاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجودة منها فيكون احد الفلسين فضلا خاليا عن
العوض مشروطا في العقد وهو الربا واما الثاني فلانه لو جاز لامسك البائع الفلس المعين وطلب
اخر وهو فضل خال عن العوض واما الثالث فلانه لو جاز لقبض البائع الفلسين ورد اليه احدهما
مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الاخر له بلا عوض واما الوجه الرابع فيجوز عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما
واذا بقيت اثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما اذا كانا بغير
اعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين وهذا لان الفلوس معينة فكانت قبل التسليم ثم
يبطل العقد كالذهب والفضة ولهما ان الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير
عليهما وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانها اذا
كسدت باتفاق الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا يكون عروضا ايضا باصطلاحهما
اذا كان الكل متفقا على ثمنيتها سواهما واجيب بان الاصل في الفلوس ان تكون ثمنا باصطلاحهما
لو قيد على خلاف الاصل واما اذا اصطلحا على كونها عروضا كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزا وان

كانا من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لانه بنا في قوله ان الثمنية في حقهما ثبتت اذ لا ولاية للغير
عليهما على الثمنية واذا ابطلت الثمنية فلتعود عروضا تتعين بالتعيين فاذا عادت عروضا
عادت وزنية فكان بيع الفلس بالفلسين بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز فاجاب المصنف رحمه
الله بقوله ولا يعود وزنيا لانهما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين اعرضا عن
اعتبار الثمنية دون العددية لم يرجعا الى الوزن ولم يكن العدد من لوازم الثمنية حتى ينتفي بانتفائها
فبقي معدودا واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العدد بقوله اذ في نقضه في حق الاصطلاح
في حق العدد فساد وفيه نظر لانه مدعي الخصم ولو ضم الى ذلك والاصل حمله على الصحة كان له
ان يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقا او في غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد وقوله
فصار كالجوزة بالجوزتين بيان لانفكاك العددية عن الثمنية وقوله بخلاف النقود جواب عما اذا كانا
بغير اعيانهما فان ذلك انما لا يجوز لكونه كالئا بكالئ نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه وبخلاف ما اذا
كان احدهما بغير عينه جواب عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس بانفراده
يحرم النسأ قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز متساويا ولا
متفاضلا لشبهة الربا لانهما مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهما اي الدقيق والسويق من
اجزاء الحنطة لان الطحن لا يؤثر الا في تفريق الاجزاء والجمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر زائلة من
وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم
وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني فان ما يبتغى من الحنطة لا يبتغى من الدقيق فانها
تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق وربا الفضل بين الحنطة والحنطة
كان ثابتا قبل الطحن ويتصور بقاؤه بعده فقد ثبتت المجانسة من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله
واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو ان يكون الدقيق حنطة اولا والثاني يوجب الجواز
متساويا ومتفاضلا لا محالة والاول يوجب الجواز اذا كانا متساويين لكنه اجاب بان
المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات
الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل فحرمة الربا حرمة
تتناهى بالمساواة في الاصل على ما ذكرتم وفي هذا الفرع ثبت حرمة لا تتناهى فصار مخالفا للاصل
على ما عرف واجيب بان حرمة الربا تتناهى بالمساواة في الحقيقة او في الشبهة والثاني ممنوع
فان حرمة النسأ لا تتناهى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني ويجوز ان يقال
~~الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه مرادنا في المحل ان سبق الحرمة~~
~~تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها~~ وفيما نحن فيه لا تتحقق ويجوز بيع الدقيق متساويا كيلا
بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المسوي ولا ومتساويا والكيل بكيل حالا لان متراد لان
القائل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر الثانية
نفي توهم جواز المساواة وزنا وحكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان
بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق
بالسويق عند ابي حنيفة رحمه الله متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء حنطة غير مقلية
والسويق اجزاؤها مقلية فكما لا يجوز بيع اجزاء بعض بالاخر لقيام المجانسة من وجه فكذا
لا يجوز بيع اجزاء البعض باجزاء بعض اخر وعندهما يجوز لانهما جنسان للاختلاف في المقصود اذ
هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلت

بالسمن او العسل اذا ضرب بالماء وكذلك الاثم واذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان
يكون يدا بيد والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية
بغير المقلية والعلكة بالمسوسة التي اكلها السوس المقلية هي المشوية من قلي يقلي اذا شوى
ويجوز مقلوة من قلي يقلو والعلكة بفتح العين هي الجيدة التي يكون كالعلك من صلابتها من غير انقطاع
والمسوسة العفنة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر
الواو المشددة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان بيع اللحم بالحيوان على وجوه منها ما اذا باعه بحيوان
من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة
كما في الاجناس المختلفة على ما تبين ومنها ما اذا باعه بحيوان من جنسه كما اذا باع لحم شاة بالشاة
لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق اذا كانا متساويين في الوزن والا فلا ومنها
ما اذا باعه بجنسه مذبوحا وهي مسئلة الكتاب وهو جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
الله غير جائز عند محمد الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة
السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا اما من حيث زيادة اللحم والقياس معه لوجود الجنسية
باعتبار ما في الضمن فصار كالخل اي الشيرج بالسمسم قلنا انه لو باع الموزون بما ليس بموزون
لان اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه
يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بضرب قوة فيه فلا يدري ان الشاة خففت نفسها او ثقلت
مشكلة الخل بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير
وهو ثقله وهذا في الحقيقة جواب عما يقال ان السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فكان الخل
معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الخل والسمسم عند
التمييز عن الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال لو قيل لان الخل والسمسم يوزنان ثم
عين الثجير ويوزن فيعرف قدر الخل من السمسم والحيوان لا يوزن في الاستكشاف حتى اذا ذبح ووزن
سقطه وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والاكارع والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع
اللحم بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنسين ايضا فان اللحم غير حساس
والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد ان يكون يدا بيد فان قيل
اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك اجيب بان النسيئة
ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كان في البدل الاخر فهو سلم في اللحم وكلاهما
قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل يجوز عند ابي حنيفة
رحمه الله خاصة وقالا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن ابي وقاص حين سئل عن
بيع الرطب بالتمر قال اينقص اذا جف فقيل نعم قال لا اذا اي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه اشارة
الى اشتراط المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك وقوله فقال صلى
الله عليه وسلم هو الذي لابي حنيفة المنقول والمعقول اما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سمى الرطب
تمرا حين اهدي اليه رطبا فقال اوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا من الحديث المشهور واما
المعقول فلما روي ان ابا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا اشداء عليه
لمخالفته الخبر فاحتج بان الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا فان كان تمرا جاز العقد لاول الحديث
يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم واورد عليه
حديث سعد فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة فاستحسن اهل الحديث

من هذا

من هذا الطعن سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعترض بان الترديد المذكور يقتضي
جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما ان تكون حنطة فيجوز باول الحديث او لا تكون فيجوز باخره
فمنهم من قال الكلام كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا من اطلاق اسم
التمر عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى ان تدرك والرطب اسم
لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز ان يقال انه حنطة قوله فيجوز باول الحديث قلنا انما جاز ان لو ثبت المماثلة
بينهما كيلا ولا تثبت لما قررنا ان القلي صنعة يتقوم عليها الاعواض فصار كمن باع قفيزا بقفيز ودرهم لا يقال
ذلك راجع الى التفاوت وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله تعالى ساقط بالحديث واما
الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة فكل تفاوت يبتنى على صنع
العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب
والتمر والجيد والردي والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عن الخلاف دون الاختلاف
اشارة الى قوة دليل ابي حنيفة رحمه الله وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها وهو غير
الرواية تقوي قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص ما ورد باطلاق اسم التمر على الرطب
حالا نوعا واحدا جاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي
المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز عندنا متماثلا كيلا اي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله لانه يعتبر التساوي في اعدل الاحوال اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولنا ان
بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة
او الحنطة الرطبة بالمبلولة او باليابسة او التمر المنقع بالمنقع او الزبيب المنقع بالمنقع من نقع اذا
القي في الخابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومعرفة
سعد وابو حنيفة يعتبر في الحال باطلاق المشهور وكذلك ابو يوسف الا انه ترك هذا الاصل في
بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد رحمه الله الى الفرق بين هذه الفصول يعني
بيع الحنطة الرطبة والمبلولة بالاخرى وبين بيع الرطب بالرطب اعتبر المساواة فيها في اعدل الاحوال وفيه
في الحال ووجه ذلك ما ذكر في الكتاب وحاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين او احدهما
على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم
الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد اذ لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون
معتبرا ولقائل ان يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية واما اذا كانت
بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود الذات المشار اليها وهو لا يتبدل قال ولو باع البسر بالتمر
متفاضلا لا يجوز لانه تمر لما بينا ان التمر اسم لثمر النخل من اول ما ينعقد صورة فيجوز بيعه متساويا من
حيث الكيل لا بيعا جائزا بالاجماع وبيع الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لانه
يستر ما في جوفه بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا كيلا لان الكفرى ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة
قوله والكفرى عددي متفاوت قيل هو تقريره لو لم يكن عدديا جاز اسلام التمر في الكفرى لكنه لم
يجز وتقرير الجواب انه عددي متفاوت بالصغر والكبر وتتفاوت احاده في المالية فلا يجوز الاسلام
فيه للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الزيتون كما يتخذ منه الدهن والشيرج الدهن الابيض
وهو تعريب شيره والمراد بها هنا ما يتخذ من السمسم واعلم ان المجانسة
بين الشيئين يكون تارة باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الضمن ولا تعتبر الثاني مع وجود الاول وهذا

جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار لما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم
يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالآخر فلا يخلو اما ان يعلم كيلة ما يخرج
من الزيتون اولا والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالمتحقق في هذا الباب والاول اما ان يكون
المنفصل اكثر اولا والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والثجير ان نقص المنفصل
من الزيت والثجير وحده ان كان او على تقدير ان يكون الثجير ذا قيمة واما اذا لم يكن له قيمة
بعد اخراج الثجير الخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز نحو المروي عن ابي حنيفة والاول
جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره
والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ولقائل ان يقول السمسم مثلا يشتمل على الشيرج والثجير فاما ان يكون المجموع
منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا لان الشيرج ونحو السمسم
كيلا ومن حيث الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا لصرف الكل الواحد من الدهن والثجير الى خلاف
جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير بمثله يكون احدهما الدهن او الثجير منظورا
اليه فقط والثاني منتف عادة والاول يوجب ان يقابل الثجير بشيء من الدهن وليس كذلك والجواب
ان المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا لان قوله
صرفنا الكل الواحد من الدهن والثجير الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلقة كما في مسألة الكرار
لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والثجير ليسا كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا
فقيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان اصلهما واحد وكلاهما
موزون وان خرجا من الوزن او خرج احدهما من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى
قاضي خان وبيع الغزل بالثوب يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا قال ويجوز بيع اللحمان كل
ما يكون له نصاب على حدة من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس والجمال والعراب
والمعز والضأن فلا يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الالبان وعن الشافعي رحمه الله اللحم
من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا انها فروع اصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف
الفروع كالادهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات
والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور فانه بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا
يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس بوزني ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي
وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا قوله اذا لم يتبدل بالصنعة قيل مراده ان بيع اتحاد الاصول
اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم يتبدل الاجزاء بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون
مختلفة وان كان الاصل متحدا كالهروي والمروي وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادها فكانه
يقول اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة واما اذا تبدلت فلا يوجبه وانما يوجب
الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الاصل
وهو القطن كذلك يؤثر في اتحادها مع اختلاف الاصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد
والرصاص اذا كانت الفضة غالبة فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول وكذا خل الدقل بخل
العنب لان الدقل هو اردى التمر وبيع خل الدقل بخل العنب متفاضلا جائز يدا بيد وكذا الحكم في سائر التمور ولما كان الناس
يجعلون الخل من الدقل غالبا اخرج الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل للاختلاف بين اصليهما ولهذا
كان معظمها يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد يجوز بيع
احدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة في تغير الاجزاء مع اتحاد الاصل

فان المقصود

فان المقصود هو المقصود فاختلافه يوجب التغير واختلاف المقصود فاختلافه يوجب التغير
واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود
واللفافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان
المقصود منهما واحد فكان الجنس متحدا لانا لا نسلم ذلك فان لبن البقر قد يصلح لما لا يصلح له لبن الغنم
فلا يتحد القصد اليهما والاولى ان يقال لعللنا اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم يقل اتحاد المقصود
يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول لاختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل بالصنعة او اختلاف
المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا تبين انه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل و
ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد لما مر وبالنظر الى المقصود راجح قال وكذا شحم
البطن بالالية او باللحم بيع شحم البطن بالالية وباللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة لاختلاف
الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فلان الصورة ما يحصل منه في
الذهن عند تصوره وهذه الاشياء واما اختلاف المعاني فلانه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ
وهما مختلفان لا محالة واما اختلاف المنافع فكالادلة الطب قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق
اما ان يكون حال كونهما نقدين او حال كون احدهما نقدا والآخر نسيئة فان كان الاول جاز لانه صار
عدديا او موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان فجاز
التفاضل وعليه الفتوى وروي عن ابي حنيفة رحمه الله لا خير فيه اي لا يجوز التركيب للمبالغة في النفي
لانه نكرة في سياق النفي فعم نفي جميع الخير وان كان الثاني فلا يخلو اما ان تكون الحنطة والدقيق
نسيئة او الخبز فان كان الاول جاز لانه اسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان
كان الثاني جاز عند ابي يوسف رحمه الله لانه اسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما يذكر في المصنف
والفتوى على قول ابي يوسف وهذا يغني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول ابي
يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من
الجنس الذي سمى لئلا يصير مستبدلا بالسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند ابي حنيفة عددا
او وزنا لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة وبالخباز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور
في كونه جديدا فيجيء خبزه جيدا او عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في اول التنور يجيء
مثله في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عددا ووزنا
ترك القياس بجري التعامل فيه وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده
قال ولا ربا بين المولى وعبده المأذون الذي لا دين عليه محيط برقبته لان العبد وما في يده
ملك المولى فلا يتحقق بيع الربا فعدم تحقق الربا بعدم وجود البيع حقيقة في ذلك حلال مر
مشتملا على شرائط الربا دليل على عدم جواز البيع واذا كان عليه دين يتحقق الربا لان ما في يده ليس
ملكا للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما وان كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي
فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب لا ربا بين المسلم
والحربي في دار الحرب عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما
الاعتبار بالمستأمن من اهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهمين بدرهم لا يجوز فكذا
اذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد
البيع ولابي حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربا بين المسلم والحربي
في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال اهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن

ثم امتنع من أخذه لعقد الأمان حتى لا يلزم الغدر فإذا بذل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي يحظر لأجله قوله
بخلاف المستأمن حيث جاب عن قياسهما وتقريره أن المستأمن منهم في دارنا لا يحل لأحد أخذ ماله لأنه صار
محظوراً لعقد الأمان ولهذا يحل تناوله بعد انقضاء المدة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الحقوق

قيل كان من حق مسائل هذا الباب أن يذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيوع [illegible] أن المصنف
التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب فيما هو من مسائله وهناك هكذا [illegible] ووقع كذا [illegible] ولأن
الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل البيع قال ومن اشترى منزلاً فوقه منزل ذكر ثلاثة أشياء
المنزل والبيت والدار وفسرها ليتبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج إلى تصريح ما يدل على المرافق
لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما أدير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار
والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب وإذا عرف هذا
فمن اشترى منزلاً فوقه منزل لا يدخل الأعلى في العقد إلا أن يشتريه ويصرح بذكره بإحدى هذه العبارات
الثلاث بأن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتاً وفوقه
بيت وذكر إحدى العبارات الثلاث لم يدخل الأعلى ومن اشترى داراً بحدودها ولم يذكر شيئاً من
ذلك دخل العلو والكنيف وهذا لأن الدار لما كان اسماً لما أدير عليه الحدود والعلو ليس بخارج
عنها وإنما هو من توابع محل وأجزائه دخل فيه والبيت لما يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه
إلا بالتنصيص بذكره وإلا كان الشيء تابعاً لمثله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فإن له أن يعير
فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فإن له أن يكاتب لأن المراد بالتبعية ههنا أن يكون
اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لأنه لا يتناوله بلفظ عام يتناول الأفراد
إذ فرض المسألة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الإعارة والكتابة ذلك فإن لفظ المعير أعرتك
لم يتناول إعارة المستعير أصالة ولا تبعاً ولا إضافة وإنما ملك الإعارة لأنها تمليك المنافع ومن ملك
شيئاً جاز أن يملكه لغيره وإنما لا يملكه فيما يختلف باختلاف المستعمل احترازاً عن وقوع التعدية والمكاتب لما
اختص بالكسب كان أحق بتصرف ما يوصله إلى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب ما يوصله إلى ذلك فكان
جائزاً وأما المنزل فلأنه شبيه بكل منهما أخذ حظاً من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه
تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك أي
الدار والبيت والمنزل لأن كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وفيه نظر لأنه يدخل في عرفنا فكان
الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكاً بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف
وهو المستراح لأنه من توابعه ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار
المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الأسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير
لقاضيخان وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب إلا بذكر ما ذكرنا
وهو قوله بكل حق هو له عند أبي حنيفة لأنه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما إن كان مفتحه
في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة من توابعه فشابه الكنيف وقولهما إن

كان مفتحه في الدار يضعف تعريف قاضي خان للظلة لأنه جعل المفتح في الدار قال
ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً أو مسكناً لم يكن له الطريق إلا أن يذكر إحدى العبارات المذكورة
وكذلك الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظراً إلى الأول
ويدخل بذكر التوابع أي بقوله بكل حق نظراً إلى الثاني بخلاف الإجارة فإن الطريق تدخل في استئجار
الدور والمسيل والشرب في استئجار الأراضي وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لأن الإجارة تنعقد
لتمليك المنافع ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالأرض السبخة والمهر الصغير ولا انتفاع
بالدار بدون الطريق وبالأرض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق فإن المستأجر لا يشتري الطريق
عادة ولا يستأجر فلا بد من الدخول تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه وأما البيع فلتمليك العين
لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالأرض السبخة والمهر والانتفاع بالمبيع
ممكن بدونه لأن المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووحد الضمير لكل واحد أو
بتأويل المذكور وقد يستأجرها أيضاً وقد يكون مقصوده التجارة فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة
المطلوبة والله تعالى أعلم

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظاً ومعنى قال ومن اشترى جارية
فولدت عنده لا باستيلاده فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها وإن أقر المشتري بها لرجل
لم يتبعها ولدها وجه الفرق ما ذكر أن البينة حجة مطلقة في الناس كافة ولهذا إذا قامت بها
فانفسخ البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الأصل
والولد كان متصلاً بها وتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له وأما الإقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية
على الغير فيثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الإخبار لأنه لا بد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر
بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق
من الأصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له يعني
إذا لم يدع المقر له الولد كان له لأن الظاهر له كذا في النهاية [illegible] ثم إذا قضي بالأم
للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً أم لا قيل يدخل للتبعية لها وقيل يشترط القضاء
بالولد على حدة لأنه يوم القضاء منفصل عن الأم فكان مستقلاً فلا بد من الحكم له قيل وهو الأصح
لأن المسائل تشير إلى ذلك قال محمد رحمه الله إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل
الزوائد تحت الحكم وكذا الولد إذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالأم لا يكون قضاء بالولد قال
ومن اشترى عبداً فإذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فإني عبد فإن كان البائع [illegible] إما أن يكون
البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة وإما أن يكون غائباً غيبة منقطعة لا يدري أين هو فإن كان
الأول فلا شيء على العبد وإن كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع وإن ارتهن [illegible]
[illegible] ذلك لم يرجع [illegible] على العبد [illegible]
على العبد بحال أي سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً غيبة معروفة كانت أو لا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يرجع
على العبد في البيع والرهن لأن الرجوع في هذا العقد إنما يكون بالمعاوضة أو بالكفالة وليس شيء منهما

موجود واما الموجود فهو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال الا تشتري فانه عبدي وهي المسئلة الثانية ولنا ان المشتري اعتمد في شرائه على امره بقوله اشترني واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد اذ العبد لا يقول بقوله بحرية في من اقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على النبي بامره الشراء مغرور واقراره مغرور من جهته والمغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض جعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور فهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته اهل الضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه قوله والبيع عقد معاوضة انما صرح به مع كونه معلوما من قوله ان المشتري شرع في الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما بيان لاختصاص موجب الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا غر غيره عن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه امن فسلكه فاخذه لصوص سلبوا امواله لم يضمن المخبر شيئا لما انه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع به استيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا براس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور وتم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعدما قال للمشتري فاني عبد اما ان يدعي الحرية ولا اولا تناقض والثاني ينتفي بوجود الحرية والجواب ان قول محمد رحمه الله فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية بعارض العتاق فان اراد الاول فلا وجهان احدهما ما قال عامة المشايخ ان الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام الا انه موجب في شهادتهم يحتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواته فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط في عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا والثاني ما قاله بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل ايضا عنده لكنه يعذر في التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو عنه لكن فان اراد الثاني فله الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لابتنائه على الخفاء اذ المولى يستبد به من غير ان يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج ينفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لان فيما دونه امكن ان يعيد الزوج بينه انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته المراة ببينتها قبل يوم دعواها او ما في الثلث فلا يمكن ذلك وكذلك المكاتب يقيم البينة على الاعتاق قبل الكتابة ثم المراة والمكاتب تفترقان ويحكم بالخلع والكتابة بعد قيام البينة عليها ادعياه **قال** ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان المدعي يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها فصالحه على مائة فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار فلم تسلم

فتقسم المائة لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة قالوا ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة قالوا ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ يصح وتقبل البينة والله اعلم بالصواب

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك بغير اذني فهو عين بيع الفضولي والفضول بضم الفاء الاغير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على الاخير فيمن وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ **قال** ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب احمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن احمد لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اما انه تصرف تمليك فلانه من قبيل اضافة العام الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك واما ان التصرف تمليك فلم يقل علينا لان التمليك من غير المالك لا يتصور فانه قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد باسباب الشرعية احكامها فاذا لم يفد التصرف التمليك كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بعقد دليله وهذا التصرف لما كان موقوفا فلا يذكر ان حكما موقوفا كما ان السبب لما افاد حكما بانا او ان السبب انما يلغو اذا خلي عن الحكم فاما اذا تاخر فلا كما في البيع بشرط الخيار واما صدوره من الاهل فلان اهلية التصرف بالعقل والبلوغ واما المحل فلان محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا ينعدم المالية والتقوم الا ترى انه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا واذا وجب القول بانعقاده فلان الحكم عند تحقق المقتضي لا يمتنع الا لمانع والمانع منتف لان الاجازة والفسخ له وفيه منفعة يكتفي بمؤنة طلب المشتري ونظائر فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع فان القدرة بالملك او بالاذن لم يوجد اجاب عن ذلك منكرا بقوله باي كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم لا تبع ما ليس عندك ولم يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبع نهي عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والعلة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي في اول كتاب الوكالة قال حدثنا ابراهيم قال

حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال أخبرنا الحسن عن عروة البارقي
أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به أضحية فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار
وجاء بشاة فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا لربح فيه لا يقال
عروة البارقي كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لأنه دعوى بلا دليل إذ لا يمكن إثباته بغير نقل والمنقول
أنه صلى الله عليه وسلم أمره أن يشتري له أضحية ولو كان لنقل على سبيل المدح فإن قيل لا يجوز
أن الفضولي لبيعه أولا أجيب بأن فيه تفصيلا وهو أن الفضولي إن قال بع هذا العين لفلان
فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريت لأجله أو قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان
وقال الفضولي قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف وأن قال اشتريت منك هذا العين لأجل فلان
فقال اشتريت لا يتوقف على إجازة فلان لأنه وجد نفاذا على المشتري حيث أضيف إليه ظاهرا فلا
حاجة إلى الإيقاف على رضا الغير وقوله رضا الغير وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل رضاه وشفاعته
وغير ذلك بخلاف البيع فإنه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في المالك فاحتيج إلى الإيقاف على
رضا الغير والحق هذا الوجه أيضا والمصنف بقوله والشراء لا يتوقف على الإجازة قوله وله أي
للمالك الإجازة اعلم أن الفضولي إما أن يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس
والكيلي والوزني الموصوف بغير عينه وإما أن يبيع بثمن عين فإن كان الأول فللمالك الإجازة
إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لأن إجازته حالة قيام الأربعة جائز لأن البيع
لما ذكر أن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه
فكانت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك
للمالك أمانة في يد الفضولي وإن كان الثاني فيحتاج إلى قيام خمسة أشياء ما ذكرنا من
الأمور الأربعة وقيام ذلك العرض أيضا والإجازة اللاحقة إجازة نقد لا بيع لا يعقد البائع
ما باع بثمن لما ملكه بالعقد لا إجازة عقد لأن العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن
مملوك له وعليه مثل المبيع إن كان مثليا وقيمته إن لم يكن لأن الثمن إذا كان عرضا صار
البائع من وجه مشتريا والشراء إذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف على الإجازة وكانت
للمالك الفسخ فكذا لكل من الفضولي والمشتري لأن حقوق العقد ترجع إلى الفضولي فله
أن يدفع عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فإن فسخه قبل الإجازة باطل لأن
الحقوق لا ترجع إليه فهو فيه معبر فإذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الأجنبي ولو فسخت المرأة
نكاحها قبل الإجازة انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين أي فيما إذا كان
الثمن دينا أو عرضا لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره واستشكل بما إذا
تزوجت أمة لرجل فوطئها بغير إذنه فمات المولى قبل الإجازة وورثها ابنه فإن النكاح يتوقف على إجازة
الابن فإن أجاز صح وإلا فلا فهذه فضولية وتوقف عملها على إجازة الوارث وأجيب بأن
عدم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لأنه يبطله وههنا لم يطرأ للوارث حل بات لكونها
موطوءة الأب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث إذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم يكن موطوءة
الأب بطل نكاحها ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز
البيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد لأن الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم
قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فإن
قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح إذ الأصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا

لم ينقض

لم يستيقن أجيب بأن الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج إلى ثبوت الملك عليه لمن وقع له الشراء
فلا يصلح حجة **قال** ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم جرت المحاورة في هذه المسألة بين أبي
يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة رحمه الله
أن العتق جائز وإنما رويت أن العتق باطل وصورتها ما ذكره في الكتاب ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه
المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى
وقال محمد لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا ملك
ههنا لأن الموقوف لا يفيد الملك في الحال وما يثبت في الآخر فهو مستند وهو ثابت من وجه دون
وجه وذلك غير مصحح للإعتاق إذ المصحح له الملك الكامل لما روينا ولعمله بإطلاق ما روينا ولا يشكل بالمكاتب
فإن إعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملا لأن محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه وصحح
المصنف رحمه الله تفريع نوعين ذلك وهو قوله ولهذا لا يصح إعتاق الغاصب ثم يؤدي الضمان وهو
راجع إلى قوله لأنه لا عتق بدون الملك وقوله ولا إن المشتري في الخيار للبائع وهو راجع إلى قوله
والموقوف لا يفيد الملك وقوله لا يصح بيع المشتري من الغاصب يعني إذا اشترى من الغاصب إذا
باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك الإعتاق ينبغي أن يكون كذلك
مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق لأن الغاصب إذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ
عتقه وإذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذا فلأن لا ينفذ غيره أولى وقوله وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب
إذا أدى الغاصب الضمان ولهما أن الملك فيه يثبت موقوفا والإعتاق يجوز أن يثبت موقوفا على الملك
موقوف وينفذ بنفاذه أما أنه يثبت فلوجود المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لإفادة الملك ولانتفاء
المانع وهو الضرر وأما أنه موقوف فلما تقدم وأما أن الإعتاق يجوز أن يتوقف فبالقياس على إعتاق
المشتري من الراهن بجامع كونه إعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على إعتاق الوارث عبدا من التركة وهي
مستغرقة بالديون فإنه يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه إعتاقا في ملك موقوف
وهذا التحقيق من الأول لكن المصنف رحمه الله الاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار
وبقوله موضوع لإفادة الملك عن الغصب فإنه ليس بموضوع لإفادة الملك قال في النهاية وهذا التعليل
لا يتم ما ادعاه فإنه يرد عليه أن بيع الغاصب موضوع لإفادة الملك ومع ذلك لا ينفذ بيعه أيضا عند إجازة
المالك لأنه لا ينفذ عتقه عند إجازة المالك لما أن يكون من جواز البيع وجواز العتق يحتاج إلى الملك والملك
ههنا بالإجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال فهذا بخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن
القيمة لأن المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك وهذا في الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع
دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق
الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو تدبر في كلام المصنف خصنا فإنه غير موضوع لإفادة حقيقة الملك
لتساوي الكلام بأنه ليس بوارد لأن البيع لا يحتاج إلى الملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده وقوله
مما إذا كان في البيع خيار جواب عن المسألة الثانية فإن البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فإن
قوله على البيع بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد
في أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق به معدوم قبله وقوله وبخلاف المشتري من الغاصب جواب
عن الثالثة ووجهه ما قال لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله
لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الأول أن الغاصب إذا باع
ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وطرأ الملك البات على الموقوف ولو كان مبطلا لكان ما نحن عن الموقوف

لان الدفع اسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فانه يملك المالك باتا فكان يجب ان يمنع بيع
الفضولي ولئن سلم لكنه اجيب عن الاول بان ثبوت الملك للغاصب بضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال
حق المشتري وعن الثاني بان البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد بين الفضولي والمشتري فالمنع انما
يكون بعد الوجود اما المالك اذا اجاز بيع الفضولي نفذ وثبت للمشتري ملك بات فابطل الموقوف لما ذكرنا
ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لا مانع وفي
الحقيقة نوع مغالطة فان كلامنا في ان طرو الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك هاهنا طارئا حتى
يتوجه السؤال وقوله اما اذا ادى الغاصب الضمان جواب عن الرابعة وتقريره اما اذا ادى الغاصب الضمان فلا
نسلم ان اعتاق المشتري منه لم ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة
الاستحسان فالعتق اولى قال المصنف فهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري ملكه الشرى من جهة
فلهذا لا ينفذ عتقه وهاهنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة
فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد قال واذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب
واخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالاجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء
لان سبب الملك هو العقد كان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه
فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فتبين ان القطع
حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للبيع عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك البيع
اخذ جميع ذلك معها لان ملكه يبقى متقررا فيها والكسب والارش والولد لا يملك الا بملك الاصل واعترض بما اذا
غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأة
امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فاجاز صح التفويض دون التطليق وان ثبت المالكية
التفويض دون التطليق ~~وان ثبت المالكية~~ حكما للاجازة واجيب عن الاول بان الملك
في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله
وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء ان يجعل متعلقا بالشرط كالبيع ونحوه فانه يصير
لا سببا من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب وانما يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه
يصير سببا من وقت وجوده متاخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندها يثبت الملك من وقت العقد والتفويض
مما يحتمله فيجعل الموجود من الفضولي متعلقا بالاجازة فعندها يصير كانه وجد الآن فلا يستند حكمه الى ما قبل
الاجازة وهذه اي كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويز الاعتاق في الملك الموقوف لما انه لولا ان
للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند اداء الضمان
والعذر اي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ
الارش ثم رد في الرق فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البيع
فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع
على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده
كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق
المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل فهذا يتصدق بما زاد على
نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في
ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك
يثبت يوم قطع اليد استنادا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفي الكافي انه لم

يكن المبيع

يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه
ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت
الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى توزيع الوجهين في الكتاب على الاعتبارين
قال فان باعه المشتري من آخر يعني ان باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم
يجز البيع الثاني لما ذكرنا ان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله
ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به ونوقض هذا التعليل بما اذا باع
الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع
الغاصب والفضولي موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور
فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف
عملا بهما لا يقال الغرر محرم فيترجح لان الصحة في العقود اصل فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقا
يستلزم اعتبار المتروك اجماعا وهو انه لا يصح بيع اصلا لا سيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بهلاك
بهلاك المبيع قبل القبض واما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه اذ المشتري الاول لم يملكه
حتى يطلب مشتريا آخر فيحصل البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق فانه عندنا في
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانه لا يؤثر فيه الغرر الا ترى ان البيع قبل القبض في المنقولات
لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل فان
لم يبعه المشتري من الغاصب فمات في يده او قتل ثم اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق
لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت لامتناع ايجاب البدل للمشتري
بالقتل فلا يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل لان ملكه ملك
موقوف وهو لا يصلح ان يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ
لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري
بالخيار فان اختار البدل كان البدل للمشتري قال ومن باع عبد غيره بغير امره فقال المشتري اردا البيع
لانك بعتني بغير امر صاحبه وجحد البائع ذلك فاقام المشتري البينة ان رب العبد او البائع اقر انه لم يامر البائع
ببيعه لا تقبل بينته لانها تبنى على صحة الدعوى فان صحت الدعوى صحت البينة والا فلا وههنا بطلت
الدعوى للتناقض لان اقدام المشتري دليل على صحة الشراء وان البائع ملك المبيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع
بغير امره يدل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة
صحتها لقبول البينة وان اقر البائع بذلك اي بانه باعه بغير امره بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان
التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا ترى ان من انكر شيئا ثم اقر به صح اقراره والاقرار حجة قاصرة لا ينفذ
في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز ان ينقض وذكر المصنف رحمه
الله مسئلة الزيادات نقضا على مسئلة الجامع الصغير وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك
العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم اقام البينة على البائع انه اقر بان المبيع لهذا المستحق تقبل بينته
وان تناقض في دعواه قالوا وفرقوا اي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه المسالة
الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع وفي مسئلة
فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدانه شرطه وقيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسالة في
الزيادات ايضا ان العبد في يد المشتري ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لنفي التناقض
المبطل للدعوى والاولى ان يقال المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير ولم

تبين المناقض وفي مسئلة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فبطلت البينة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تأملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان الثوب في وضع الجامع الصغير يمكن ان يكون المشتري اقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بان قال العدول بمعناه قبل البيع اقر بذلك ويشهدون به ومثله ذلك الشرع مانع العدم وبيع في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى باق فيجاب عنه بان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا املاك الثوب البائع فان بيع مال الغير منعقد ويملك المستحق ملوكه وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامة المبيع لكونه في يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان فيصار اليه قال ومن باع دار رجل قيل معناه باع عرصته بغير امره وادخلها في بنائه قيل يعني قبضها وانما قيد بالادخال في البناء لانه قال لم يضمن البائع قيمة الدار عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف آخرا وان كان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهو مسئلة غصب العقار على ما سيأتي ان شاء الله تعالى

باب السلم

لما فرغ من انواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين او احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض احد العوضين وهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن بيع يعجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل باجل وقيل هو بالمعنى اللغوي لكن في الشرع اقترنت به زيادة شرائط وردت بالشريعة اذا بعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بلفظ السلم بان قال الآخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة او اسلفت فقال الآخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم اليه والقبول من رب السلم وشرائط جوازه سنذكرها في اثناء كلامه ان شاء الله تعالى قال السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وقوله مسمى اعلام بانه من حق الاجل ان يكون معلوما ووجه الاستدلال بها ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله احل السلف المضمون وانزل فيها اي في التاجيل اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية فان قيل التمسك لا بالخصوص السبب لا معتبر به قلنا عموم اللفظ يتناوله فكان حجة لا بها وقيل المؤجل صفة معتبرة للسلف كما في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا ومعناه الواجب في الذمة واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يابى جوازه لانه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه تركناه بالنص قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بعرفه الى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لا محالة فان قيل من اسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع واما الحديث يستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للمعاني والاول قول عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش رحمهما الله وهذا الاختلاف فيما اذا اسلم حنطة وغيرها من العروض في الدراهم والدنانير يمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة دراهم او في دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجباه على انهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجباه في المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان لا يمكن تصحيحه لانه لا يكون مثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما اوجباه فيه فلا يكون تصحيحا قال وكذا في المذروعات لانها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بهما وعلى التقدير يسقط ما قيل الشيء انما يلحق بغيره دلالة اذا تساويا من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكيل والموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا والجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا تبع ما ليس عندك فانه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله من اسلم منكم الحديث فبقي ما وراءهما تحت قوله لا تبع فالجواب انا لا نسلم ملاحقته ما ذكرت للتخصيص لان القرآن شرط له وهو ليس بموجود سلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا المعدود ذات المتقاربة وهي التي لا يتفاوت آحادها كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فكان شرط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز السلم فيه الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير مستو لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت فانه قلما يتباع جوز بفلس وكذا البيض بخلاف البطيخ والرمان فانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت الآحاد في المالية دون الانواع وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله ويؤيد ذلك ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله ان السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيه اي في المعدود ذات المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه عددي لا كيلي وعنه انه لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الآحاد قلنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد واخرى بالكيل فامكن الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فيجاز اهداره والاصطلاح على كونه كيليا قوله وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا ذكره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف واما عند محمد فلا يجوز لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما فاذا بطلت الثمنية صارت مثمنا تتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكر ثانيا في باب الربا في مسئلة بيع الفلس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بين البيع والسلم وهو ان كون المسلم فيه مثمنا من ضرورة جواز السلم فاقدامهما على

السلم يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد ثمنا وللبيع من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فان تبايع الاثمان بعضها ببعض جائز قلنا الاقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فيبقى ثمنا كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنين قوله ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخلو اما ان يكون مطلقا او موصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثني والنوع كالبخت والعراب والصفة كالسمين والهزال والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فاشبه الثياب وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم امر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش وانه صلى الله عليه وسلم استقرض بكرا وقضاه رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا ان بعد ذكر الاوصاف التي اشترطه الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة المنافية لوضع الاسباب بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقل ما يتفاوت ثوبان تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير بالبعيرين كان قبل نزول اية الربا او كان في دار الحرب ولا ربا بين المسلم والحربي فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فيحتمل ان كان من دار الحرب لعزتها في دار الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا في ذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل انه قضاه من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك قوله وقد صح ويجوز ان يكون اشارة الى الجواب عما يقال التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير والحمامات التي تؤكل وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقريره ان عدم جواز السلم في الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز في الديباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لا يقال النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع لان محمد بن الحسن رحمه الله ذكر في كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله عنه دفع مضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة فقال ابن مسعود اردد مالنا لا نسلم اموالنا في الحيوان وهو دليل على انه لم يكن المنع لكونه مطلقا لان القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا لا يقال في كلام المصنف تسامح لان الدليل المذكور بقوله وقلنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الحجة انتهى قال ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع ولا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤوس والاكارع والكراع ما دون الركبة من الدواب والاكارع جمعه عددي متفاوت لا معدل له ولا في جلود عددا لانها تباع عددا وهي عددية فيها الصغر والكبر فيفضي السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم انه يجوز بالطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر في الذخيرة ان بين الجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء المنازعة حينئذ ولا في الحطب حزما لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جرزا مضمومة بعضها الى بعض وهي القبضة من القت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط لجواز السلم عندنا وهذا يشتمل على ستة اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل وليس موجودا اصلا او موجودا عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيما بينهما او معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد

عندنا

عندنا خلافا لمالك والشافعي له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه صلى الله عليه وسلم شرط لصحته وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما يكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب فهو حجة عليهما واعترض بانه اذا كان عند العقد موجودا كفى مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز واجيب بان القدرة انما تكون موجودة اذا كان العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عاجزا وفي ذلك شك ورد بان الحياة ثابتة فيبقى واجيب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك اجيب بان وجوده كالنصاب وجوده لا كماله وحينئذ شرط وجود المسلم فيه كذلك قوله ولو انقطع بعد المحل يعني اسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كما اذا ابق المبيع قبل القبض في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة بقاؤها كالعبد الابق قوله للعجز الطارئ على شرف الزوال اشارة الى جواب عن قياس المتنازع فيه بهلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه ان العجز عن التسليم انما اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير محتمل الزوال عادة فكان القياس فاسدا قال ويجوز السلم في السمك المالح السمك عددا لا يجوز طريا كان او مالحا للتفاوت وزنا اما ان يكون في المالح جازمة ضربا معلوما وزنا معلوما لكونه مضبوط الوصف والقدر مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في اللحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال لا يشق ظاهر فيه فصار كالصغار سمك مليح ومملوح ولا يقال المالح الا في لغة رديئة وهو المعتاد الذي فيه الملح ولا معتبر بقول الراجز بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا لانه مولد لا يؤخذ بلغته قال الامام [illegible] ذكر حجة للفقهاء الاجماع السلم في اللحم وفيه سياق النفي فيفيد نفي انواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال ابو حنيفة لا يجوز السلم في اللحم الا اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل فان قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه وفيه نظر [illegible] لانه ان اراد انه وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقدار وزنه المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا يحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع والسلم مثله غير جائز لعدم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لانه ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يبنى وجه التأمل ولابي حنيفة طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود الا ترى انه يجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدسيس والنزع فكان مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضي جوازه في منزوع العظم وهو اختيار محمد بن شجاع والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة

وكان مختلف باختلاف حصول الشبه وبعلة الكلا وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا يدري انه عند المحل على اي صفة يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الاصح قوله والتضمين بالمثل جواب عن قولهما وهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين فيعني ان تحقق حين حال قبضه فنحال المقبوض ولا يفضي الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفي به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله استدل باطلاق رخص في السلم لان ايقاع المطلق فيحمل على المقيد وهو قوله صلى الله عليه وسلم الى اجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه ان كان مؤجلا فليسلم الى اجل معلوم وبه نقول الحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيدا فيحمل على المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيعدد الى اجل معلوم ان كان مؤجلا فالجواب ان قضية العقل تقتضي مؤنة التمييز والحاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمنا ولكن لا يلزم من تحمل الجزو لضرورة تحمل الاخرى دون ولا ضرورة في التقدير في الاجل لايقاع العمل بالدليلين ضرورة فيحمل التقدير الاجل لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون للضرورة ولا ضرورة في السلم الحال لان يتوقف الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل ... ولان السلم ... شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس والا لم يكن لما شرع والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة بعدم الحاجة والمسلم اليه فيه اما ان يكون قادرا على التسليم في الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فرخص ينبني على الثاني وان كان الثاني فلابد من الاجل ليحصل فيسلم والا ادى الى النزاع المخرج للعقد عاد على موضعه بالنقض فان قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرتم لما جاز ممن عنده اكرار حنطة اجيب بان السلم لا يكون الا باخس الثمنين وهو دليل على العدم وحقيقته امر باطن لا يطلع عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر قال ولا يجوز الا باجل معلوم اذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لابد من كونه معلوما لما روينا وبالمعقول وهو ان الجهالة مفضية الى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بحلول قريبة وذاك يؤديه في بعيدها واختلف في ادنى الاجل فقيل ادناه شهر استدلالا بمسألة الايمان بحلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة ايام وهو ما ذكره احمد بن ابي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن اصحابنا اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلاثة ثمة بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدر وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازي والاول اصح لكونه ... عن تحصيل الثاني وبما ذكرنا من كتاب الايمان قال ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع ... السلم بمكيال الرجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال او الذراع فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك ... اذا لا يعرف مقداره لا يجوز لان القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك ... يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما اذا كان من حديد او خزف او خشب ونحوها اما اذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل ... الى المنازعة الا ان ابا يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو ان يشتري من سقا كذا وكذا قربة بهذه القربة من ماء للتعامل قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه ... انقطاعه عن ايدي الناس ... فات موضوع العقد على التسليم ... ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم في ثمر فلان اما من ثمر حائط فلان

فلا

فلا ارأيت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولا حاجة كونه منه صلى الله عليه وسلم بيانا لطريق التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها وقوله مال اخيه اراد به رأس المال ... رأس المال المسلم اليه ولو كان النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان ان تلك الحنطة التي في المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشراني ببخارى والبساخي بفرغانة جاز العقد فان تعيين الخشراني ليس باعتبار ان تكون الحنطة منه البتة بل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا مثل صفة حنطة الخشراني وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا اسلم في حنطة من حنطة هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذا المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما ينبت بارض هراة والنابتة في غيرها لا تنسب اليها وان كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة جاز كالاول قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فقوله ان يكون في جنس معلوم حنطة او غيرها ونوع معلوم سقية او بخسية والبخس والسقي منسوب الى البخس وهي الارض التي تسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء وصفة معلومة جيد او ردية ومقدار معلوم عشرة اكرار بكيل معلوم معروف او عشرين رطلا واجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم ... ومن المعنى العقلي ما بينا ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع واما المختلف فيه فمعرفة مقدار رأس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة ومعناه ما له ثقل يحتاج في حمله الى ظهر واجرة حمال فهذان شرطان لصحته عند ابي حنيفة رحمه الله وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنه خلافا لهما قالا في المسألة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل والموزون ثمن المبيع او اجرة في الاجارة واشير اليه جاز وان لم يعرف مقداره فلا ينبغي ان يكتفى بالاشارة في رأس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان رأس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعا ولابي حنيفة رحمه الله انه ربما يوجد بعضها زيوفا فلا يستبدل في المجلس فلو لم يعرف قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وقوله او ربما وجه اخر لفساده وهو ان المسلم اليه قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ الا رأس ماله واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك امر موهوم لا معتبر به فيما ينبني على الرخص اجاب المصنف رحمه الله بان الموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي فاذا القياس يخالفه الا يرى انه ... بمكيال الرجل بعينه لم يجز لتوهم ذلك المكيال وعوده الى الجهالة بناء على توهم اعتبار في الاجل الذي هو نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار للنادر عن الشبهة لان وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال ان يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فعلا يرد وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد ايضا محتمل والمعتبر هو دون النازل عنها فالجواب ما تقدم ان المعنى من الموهوم هو ذاك وقيل العلة شبهة واحدة لان كلا منهما مبني على وجوده زيفا والاول اظهر وقوله بخلاف الثوب جواب عما قاسا عليه من الثوب ويتعين ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره لان الذرع في الثوب المعين صفة ولهذا لو وجده زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك

وانما هو فيما تعلق العقد بمقداره وكان قياسا مع الفارق فلم يجب عن الثمن والاجرة لان ذلك يتضمن
ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروع الاختلاف
في معرفة مقدار رأس المال انما اذا اسلم مائة في كر حنطة وكر شعير فلم يبين رأس مال كل واحد
منهما فانه لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق
معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين
تكفي لجواز العقد وقد وجدت او اسلم دراهم ودنانير في كر حنطة وقد علم وزن احدهما دون الاخر
فانه لا يجوز عنده لان مقدار احدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز وفي
حصة الاخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الاخر وعندهما لوجود الاشارة وقال في الشاملة
الثانية ان مكان العقد يتعين للايفاء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين
كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد لانه لا يزاحمه مكان اخر لعدم ما يوجبه
وما هو كذلك يتعين كما في اوقات الامكان فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه وقد
عرف في موضعه وصار كالغصب والقرض تعين مكانهما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في
السواد فانه روي عن محمد رحمه الله ان المشتري اذا كان لا يعلم مكان الطعام فله الخيار وان لم يعلم
فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد لو تعين لبطل
العقد ببيان مكان اخر كما في بيع العين فان من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد
عقده اشتراها في المصر او خارجه بجنسه او بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين
للتسليم اذا كان المبيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لان فيه تكلم بذكر التعليل ومثله يعد انقطاعا
وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء صريح يخالفها بطل واما الفساد في بيع العين لانه
قابل الثمن بالمبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة ولابي حنيفة رحمه الله ان التسليم غير واجب
في الحال لاشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم
لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على
طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب فانه لما كان
تسليمهما يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال ابو حنيفة ارأيت لو عقدا عقد السلم في السفينة
في لجة البحر كان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان
العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف
الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم اليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة
الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان وعن هذا اي عما ذكرنا ان جهالة المكان كجهالة
الوصف قال بعض المشايخ ان الاختلاف في المكان لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما
يوجبه لان تعين المكان قضية العقد اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في
نفس العقد وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى
هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن اشترى شيئا بمكيل او موزون موصوف في الذمة
لا يشترط بالاتفاق ولا في الاصح وهو اختيار شمس الائمة لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب
الاجارات وصورة الاجرة استأجر دارا او دابة بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان
مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة [illegible] مكانها وفي
الدابة تسلم في مكان التسليم وصورة القسمة اقتسما دارا واخذ احدهما الاكثر من نصيبه والتزم في مقابلة

الزايد

الزايد مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان
القسمة **قال** وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بتقديم بيان ما له حمل ومؤنة هو الذي
لو امر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل ما يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على ان بيان مكان
الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه
ذكر فيه روايتين في رواية الجامع والبيوع الاصل يتعين لانه موضع الالتزام فيترجح على غيره وذكر في الاجارات
يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن
فيه وقوله ولا وجوب في الحال جواب عما يقال الجواب ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم فقال
التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد لتحقق
لا يلزم بلغة مؤنة ولا يختلف ماليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح مع تباين
الاطراف كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه يختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل
وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ
لم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة **قال** ولا يصح حتى يقبض رأس المال
معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل
ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد
ما لم يفترقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد اما اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق
عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي اي النسيئة بالنسيئة وان كان عينا
فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل والمسلم فيه اجل فوجب
ان يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة
فانها عقود تثبت احكامها بمقتضيات اساميها لغة وهذا وجه الاستحسان والقياس جوازه لان
العروض تتعين في العقود فترك شرط التعجيل لا يؤدي الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد
من تسليم رأس المال ليتقلب اي ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا اي ولاشتراط القبض
قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من
الانعقاد في حق الحكم فهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن
المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب في عقد
السلم الدين وما اخذه عين فلو رده لما اخذ عاد الى ما في ذمته فيثبت له الخيار فيه ايضا وكذا
الى ما لا يتناهى فاذا لم يفد فائدته لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائدته لانه ينفسخ العقد
عند الرؤية اذا رد المبيع لا يرد عليه ما تناوله العقد فينفسخ قيل فيه شكال احدهما ان الضمير
في قوله اما ان يراد به رأس المال او المسلم فيه [illegible] خيار بالرؤية ثابت في رأس المال
صرح به في التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثاني لانتفاء التقريب لانه يجيء بيان اشتراط قبض
رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان اجنبيا
والثاني ان المسلم فيه في الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول بانه يعود
الى المسلم فيه [illegible] ويجوز ان يعود الى رأس المال وهو ان كان دينا في الذمة يتسلسل
ولا يفيد وان كان عينا [illegible] وعن الثاني بانا لا نسلم ان المعقود
عليه في الاستصناع دين [illegible] خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها
بتمام الرضا وهو موجود في وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط قبل الافتراق فلا جواز

اما ان يكون رأس المال قايما اولا فان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط لان ابتداءه برأس المال هو دين
لا يجوز فكذا تمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء اسهل من الابتداء والجواب انه انما فيه
ان السلم كيفيته غير مشروع وان كان الاول لجاز خلافا لزفر رحمه الله **قال** وجملة الشروط جمعها
جميع المشايخ جملة شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته
وفي تعجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان
الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تأجيله يعني الى اجل معلوم وقد تقدم بيان مقدار وفي
بيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله وهو ان لا ينقطع كما بينا فان اسلم مائتي
درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل سواء
اطلق او بين ابتداء او اضاف احدهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاجتماع شرايطه
ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا اما اذا كان اطلق ثم جعل المائة من رأس المال
قصاصا بالدين فلا اشكال فيه كما لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان البيع في الحية
طارئا واما اذا كان في اضافة الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح ولهذا لان
النقود لا تتعين في العقود اذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء الا
ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحا
فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالي بالكالي وقيد بقوله مائة منها دين
على المسلم اليه لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست بالية في حقه **قال** ولا يجوز التصرف
في رأس المال والمسلم فيه لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احترازا عن الكالي
بالكالي فلو جاز التصرف فيه بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله فيما فيه من
تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه لان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز
كما بيناه لان المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري فان رأس المال كان مملوكا كان رأس بيع النقض
مرابحة وان كان قيميا لا يجوز الا ممن عنده ذلك الثمن ولا يجوز الشركة وهو ان يشرك شخصا آخر في
المسلم فيه والتولية وصورتهما ظاهرة وانما خصهما بالذكر بعدما دخلا في العموم لانهما اكثر وقوعا من
المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقامة معروف فان تقايلا
جعل ما تقايلا بلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله
صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك يعني حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك ولانه
اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه
والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالاقالة فلا بد من جعل رأس المال مبيعا ليرد عليه العقد والا لكان
ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا امكن ان
يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يمكن ذلك انتهاء فيما هو
بيع من وجه دون وجه كان اولى واذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما اشبهه
فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتبارا بالانتهاء بالابتداء اجاب بقوله لانه اي لان
عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه بيع في حق الكل والاقالة بيع في حق ثالث لا غير والشيء من
ضرورة اشتراط القبض في الاول اشتراطه في الثاني بالضرورة وان ثبت بالبينة وهو اشتراط القبض
في الابتداء كان للاحتراز عن الكالي بالكالي والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض
والتأمل يغني عن هذا السؤال لان رأس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب

قبضه

قبضه لا يرد لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظرا الى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو ابرز ذلك في
معرض الدليل على انقلابه معقودا عليه حيث لا يجب قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان ادق على طريقه
قوله في اول الكتاب فيجوز باي لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم
فلول من قراع الكتايب قوله وفيه اي في رأس المال بعد الاقالة خلاف زفر وهو يقول رأس المال بعد الاقالة
صار دينا في ذمة المسلم اليه **قال** ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اي سلم في كر من الحنطة وهو ستون قفيزا
فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فاكتاله رب
الكيل الكيل لنفسه صار لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل الاولى صفقة المسلم اليه مع بايعه والثانية صفقته مع
رب السلم فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا
هو محل الحديث على ما مر في الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية والحيلة ومحل الحديث اجتماع العقدين
على ما بين قوله والسلم وان كان سابقا جواب عما يقال البيع يتحقق الصفقة الثانية لا يدخل تحت النهي فتقرير
القول بموجب العلة سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق وقبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان المسلم
فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة
الاستبدال للضرورة فلا يتعدى فيبقى فيما وراءه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت
الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل وان كان الكر قرضا فامر المستقرض بقبض الكر ففعل جاز
لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة ولو لم يكن اعارة لزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربا
ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير لازم فيكون المردود عين المقبوض مطلقا
حكما فلا يجتمع الصفقتان وكذا لو اشترى المسلم اليه من رجل وامر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل
واحد **قال** ومن اسلم في كر فامر رب السلم رجلا اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر
رب السلم ففعل اي وهو رب السلم غايب ولم يكن له غرائره طعام فانه لا يكون قبضا فلو هلك هلك
من مال المسلم اليه لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين لا في العين فلا يصح الامر وصار
المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع
اليه كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضا ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البايع
وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غايب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لاجل الامر فصح الامر لمصادفة الملك
فصحت وصار البايع وكيلا عنه في امساك الغرائر فبعثت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري
وقوله الا ترى توضيح لملكه بالمبيع فانه اذا امره بالطحن في السلم فطحن كان الطحين هالكا من مال المسلم اليه وفي الشراء
من مال المشتري ولتمس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلولا انه ملكه لما
صح امره ويجوز ان يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح ولهذا اي ولان الامر قد صح يكتفي بذلك الكيل
في الشراء الصحيح لان البايع نايب عنه في الكيل والقبض بالوقوع اي ويحقق القبض بالوقوع في غرائر المشتري فلا يكون مسلما ومتصلا ولهذا قال في
الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن
بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع المشتري وصاع البايع وقد مر قبيل باب الربا ولو امر المشتري
البايع ان يكيله في غرائر البايع فيعلم لم يصر المشتري قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضه فلا تصير الغرائر
في يده لان الاستعارة تبرع فلا يتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية
من بيت البايع لان البايع بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا لانه مستعير له لم يقبض قوله ولو اجتمع الدين والعين
صورته رجل اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره اليه ليجعل

الدين اي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يخلو اما يجوز ان يجعل منها اولا الدين او العين فان كان الثاني صار المشتري قابضا لهما جميعا اما العين فلصحة الامر فيه لمصادفته الملك فكان يفعل المامور كفعل الامر ورد بانه لا يصلح نائبا عن المشتري في القبض كما لو وكله بذلك نصا واجيب بانه ثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا واما الدين فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض كمن استعار من حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى الصايغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار ولا يشكل بالصباغ فان الصبغ والمصبوغ اتصلا بملك المستاجر ولم يصر قابضا لان المعقود عليه في الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا بالثوب فلا يكون قابضا وان كان الاول لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لا تحققه في الدين لا في العين وهذا لعين فكان المامور بجعله في الغراير متصرفا في ملكه فلا يكون فعله كفعل الامر واما العين فلانه خلط بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند ابي حنيفة رحمه الله فينفسخ العقد فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينتقض البيع اجاب بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الامر قابضا هو الذي كان مأذونا وفي عبارة المصنف تسامح لانه يحتمل ان يكون الخلط غير مرضي به جزما واستدل بقوله لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فيكون الدليل اعم من المدعي ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة المانعة فكأنه قال ولا نسلم ان هذا الخلط مرضي به ويقوله لجواز سند المنع واستقام الكلام وعندهما المشتري بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن اسلم جارية في كر حنطة رجل اسلم جارية في كر حنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها فلم تبطل الاقالة بهلاكها لانها لو تقايلا بعد هلاك الجارية كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا صح ابتداء لان البقاء اسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان احد العوضين كان قائما فلا يرد ما قبل الجارية قد هلكت والمسألة سقط الاقالة ايضا بهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما هو قريب من هذه وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها ابتداء وبقاء في الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم من كان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول المنكر وان انكر الصحة فعلى هذا اذا اسلم رجل في كر حنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على راس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر وانهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حال العاقد مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم اليه وقوله من يشهد له الظاهر اقرب الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم ان المسلم فيه يربو على راس المال بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسيئة وان كانت كثيرة سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر وهو باطلاقه يقتضي ان يكون القول قول المنكر وان انكر الصحة والجواب ان الناس مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار

المعاني دون الصور فمنكر الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة واذا انعكست المسألة وهو ان يدعي رب السلم الوصف وانكر المسلم اليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير والمتأخرون من المشايخ قالوا يجب ان القول لرب السلم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة قوله وسنقرره من بعد يريد به ما ذكره بعد بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لانها تشتمل البعض المطابق وتقريره ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لا نسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على راس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس اجاب المصنف بان الفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فان السلم الحال جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا يعلم انه لم يلزم من انكاره رد راس المال فلا يكون النفع برد راس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسألة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسألة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس يطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكر القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا كما هو كذلك فالقول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذا السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلفا في جوازه وفساده كانا متفقين على الصحة ظاهر الوجهين احدهما ان الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام لشرايطه والاجل من شرايط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعد ذلك ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها في محل الاختلاف قال فيها اذا فسدت صارت اجارة واذا صحت كانت شركة واذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافه وحمل العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتبار الاختلاف في الاختلاف في العقد ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار واما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول للمنكر وعبر المصنف رحمه الله عن الوصف باللزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا آخر وعن غيرها بغير اللزوم لا نقلابه عقدا آخر عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رحمه الله عن الوصف باللزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا آخر ومن غيرها بغير اللزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب ان لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب ان العذر المذكور كان مبنيا على انتفاء وورود النفي والاثبات على محل واحد وههنا قد وردا عليه لان رب المال قد اثبت له بقوله شرطت نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف عليه كما اذا شهد احد الشاهدين بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي والاثبات واردا

آقول الشرايط العقد او شرايط صحة اي اول مسلم وليس الاجل من شرايط العقد بل من شرايط صحته والقاطع غير مسلم وليس الاجل سعدي

السلم في الثياب جائز

على محل واحد وهو باطل فيكون القول للمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا الحل مختص بهذا الكتاب
وبهذا المقل يخرج عليه قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين الطول والعرض والرقعة يعني الرقة حد الثوب
جيدا او وسطا او رديئا وغلظه وخفافته لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حرير فهو المتخذ من الابريسم
المطبوخ لابد من بيان وزنه ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف
ولا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس بذلك المراد
لا طالة واما في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الوذاري
وما يختلف بالثقل والخفة قال ولا يجوز السلم في الجواهر العددي التي تتفاوت آحاده في المالية كالجواهر
واللآلي والرمان والبطيخ لا يجوز فيه السلم لافضائه الى النزاع وفي الذي يتفاوت آحاده كالجوز والبيض
جاز اذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن فلا تتفاوت
في المالية ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا اشترط فيه ملبنا معروفا لانه اذا سمى الملبن صار لا يتفاوت بين
لبن ولبن الا يسيرا فيكون ساقطا الاعتبار فيلحق بالعددي المتقارب قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره
جاز السلم فيه هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز وفيه بحث من وجهين احدهما انه
عكسها كقوله وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل
ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني انه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة اولا ثم تفريع
الفروع عليها والجواب عن الاول ان جواز السلم يستلزم امكان ضبط صفته ومعرفة مقداره بقوله صلى
الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو
ينعكس الى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق وعن الثاني ان تقديم القاعدة على الفروع يليق بموضع له
اصول الفقه واما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الفقهية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع
المتقدمة ولا بأس بالسلم في طست او قمقم او خفين او نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والا فلا خير
فيها اي لا يجوز لان الجواز حينئذ فينتفي قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز الاستصناع هو ان يجيء
انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم اليه جميع الدراهم او بعضه او لا
يسلم وهو لا يخلو اما ان يكون فيما فيه تعامل واليه اشار بقوله شيئا من ذلك اي مما تقدم من طست وقمقم
وخفين اولا والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كالثوب والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه
لانه بيع المعدوم وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم
وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له اجل اليه اشار بقوله بغير اجل وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان
الناس في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله كدخول
الحمام والمزارعة فانه فيهما للناس تعامل وهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله لان الخلاف فيها كان
ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جوازه هل هو بيع او عدة والصحيح انه بيع لا عدة وهو
مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهذا يثبت
لكل واحد منهما الخيار ووجه العامة انه سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان
ولا يجوز فيما فيه تعامل الا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده او الخياط ان يخيط
له قميصا بكرباس من عنده فيجوز في الكل وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة الا ترى انهما اذا تبايعا عرضا
بعرض ولم ير كل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل لا يجوز ان يكون بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون
مبيعا اجاب بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة لعذر
النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تنقطع الواجبات فكذلك المستصنع

بغير اجل

لا يشكل

والمواعدة

بالشراء فان لكل واحد منهما خيار

مطلب الطهارة للمستحاضة

المعدوم

المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين دون
العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وفيه نفي لقول ابي سعيد
البردعي فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بانه لو كان بيعا
لما بطل بموت احد العاقدين لكنه يبطل بموت احدهما ذكره في جامع قاضي خان واجيب بان الاستصناع
شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبها بالبيع من حيث ان المقصود منه العين
المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه القياس
والاستحسان واثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل اي فرق
بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضة اجيب بان
الصبغ اصل والصبغ آلة فكان المقصود فيه العمل فلذلك كان اجارة وردت على العمل في عين المستاجر وها هنا
الاصل هو العين المستصنع فيها المملوك للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل
اشبه الاجارة في حكم واحد لا غير ولا يتعين المستصنع الا باختيار المستصنع حتى لو باعه الصانع قبل
ان يراه المستصنع جاز وهذا كله اي كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم
تعينه الا باختياره هو الصحيح وهو احتراز عما قيل في كل منهما على خلاف ذلك قال وهو بالخيار ان
شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع
كذلك كذا ذكره في المبسوط يجبر على العمل لانه باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح
بناء على جعله بيعا لا عدة وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر
عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط وعن ابي يوسف انه
لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا اولا واما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل
الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله الا ترى ان الواعظ اذا استصنع
منبرا ولم يأخذه فالعامي لا يشتريه اصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بجواز
ان يكون الرضا تعلق بان المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك له
جهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام اجيب بان تخيير المستصنع اختيار بعض المتاخرين من
اصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر
في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها لا في اختيار اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر
لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكتت لجهلها بان لها الخيار
بطل خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع انه ليس من الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها
ولا يجوز يعني الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان لانعدام المجوز على القياس السالم عن
معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير اجل في اول المسألة احتراز عما اذا ضرب له اجل فيما فيه
تعامل فانه حينئذ يكون سلما عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما واما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه
فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ما ذكر على سبيل الاستمهال اما المذكور على سبيل الاستعجال مثل
ان قال على ان يفرغ عنه غدا او بعد غد لا يصير سلما لانه ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم
ويحكى عن الهندواني انه ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان من
الصانع فهو سلم لانه لا يذكره على سبيل الاستمهال وفي الذخيرة اذا صار سلما وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكره على
سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لها في الذخيرة اللفظ حقيقة الاستصناع
وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي ان لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر الاجل

ينبغي ان يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله دين يحمل السلم وتقريره لا نسلم ان اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل ادخله في حيز الاحتمال الذي يحتمل الامرين كان حمله على السلم اولى لان جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يريد به ان في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت بالكتاب والسنة دون الاستصناع

مسائل منثورة

اي هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن ابوابها فلم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها هاهنا قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلما كان او غير معلم في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجائي بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن ابي يوسف ان بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه وامر بقتله قلنا كان ذلك قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد وللماشية او للزرع وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب والسحت الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء لانه فعيل بمعنى مفعول فالحق بملحفة جديد ولانه نجس العين بدليل نجاسة سؤره فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهي التي تحرس المواشي واعترض بان الدليل اخص من المدعى فان المدعي جواز بيع الكلب مطلقا والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب بان ذكره لابطال عموم العدم الذي هو مدعى الخصم واما اثبات المدعي فثابت بحديث ذكره في الاسرار برواية عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه انه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى وقيل الاستدلال على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الاول فالثاني يلحق به دلالة لانه ينتفع به حراسة واصطيادا دلالة وشرعا فيجوز بيعه واعترض بوجهين احدهما ان الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على مالية عينه كالآدمي ينتفع بمنافع عينه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني ان شعر الخنزير ينتفع به للاساكفة والشرع ما اوجب عن الاولى لان الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعا لملك العين لا قصدا في المنفعة الا ترى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فيجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما لا يؤكل لحمه وعن الثاني بان الخنزير محرم العين شرعا فثبتت الحرمة في كل جزء فسقط التقوم والاباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كاباحة الميتة حالة المخمصة واذا ثبت الانتفاع ثبت الحكم في الفهد والقرد والذئب بخلاف

الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لانه لا ينتفع بها قوله والحديث محمول جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي وتقريره ما روي عن ابراهيم انه قال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل تقدم نهي منسوخ فانهم كانوا الفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز ان يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن بالحقيقة لا يكون الا في المبايعة قوله ولا نسلم نجاسة العين جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان تمليكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيأتي في

قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير بيع الخمر والخنزير من المسلم غير جائز يعني انه باطل لما تقدم وقوعهما مبيعا وثمنا وما يترتب على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها قال في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس ان رجلا من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال فخذها يا رسول الله واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الذي قد حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها قال واهل الذمة في المبايعات كالمسلمين قال محمد في الاصل لا يجوز بين اهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذا ما يكال او يوزن اذا كانا صنفا واحدا هم في البيوع بمنزلة اهل الاسلام واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الى ما يبقي به نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة لكونهما اموالا متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا اليه وقال لهم يا هؤلاء انه بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال اجل انهم يفعلون لا تفعلوا ذلك ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان صورته ان يطلب انسان من آخر شرى عبد بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري وخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضامن والفرق بينهما ما ذكره بناء على الاصل المار ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لانه اي الالحاق يغير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فضلا لا بل الفضل بغير ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة شيء معا بل لم يجز اشتراطه على الاجنبي فهو لكن لا بد من تسمية الزيادة لتحقق المقابلة صورة وان فاتته معنى ليخرج عن حيز فاذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح واذا لم يذكر كانت خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع فاسقا من المال والرشوة حرام لا يلزم بالضمان واعترض بوجه الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء

من المعقود عليه الثاني لو كان ضمنيا لكان ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشتري وتحول عنه الضامن فلم يتوجه
عليه بالاتفاق الثالث ان اصل الثمن لا يجوز ان يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والعكس
الصائب في اصل المسئلة يغني عن هذه الاسولة والجواب عنها ولا باس بتكرار ذلك للتحقيق فان تحرز
السؤال اذا كان بعوض ففيه امثل الكلام فنحا به تكرار وذلك انا قد بينا ان فضول الثمن قد يستغني
عن ان يقابل بالمال الى الخراج ان يكون بعض الثمن حالما مقابلا به من البدل كالزيادة في الثمن
اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري ثابتا بلا بدل ومثل ذلك يجوز ان
يثبت على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك يطلب ممن التزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي فلا
يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لا بد ان يقابله الذي هو
المال فلا يكون كالزيادة وحينئذ لا يلزم من عدم جوازه وجوبه على الغير عدم جوازها لا يلزم وجوب
تحقيقها فيما وقع في الكتاب والخمسمائة بالالف واللام في المضاف وحده المضاف اليه وقيل لا خلاف
في امتناعه وقال ابن عصفور بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدا وقيل لو ورد مثل هذا ينبغي ان لا
يعتقد اضافة الخمسمائة بل الجر في المضاف اليه اي الخمس مائة **قال** ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها
زوجها رجلا فوطئها الزوج جاز النكاح لوجود سبب ولاية الانكاح وهو الملك في الرقبة على الكمال وما ثمة
مانع عن الزوج لان المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض
كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج يكون قبضا لان الوطي لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله
كفعله فان لم يطاها الزوج فليس اي مجرد التزويج قبضا استحسانا وفي القياس هو قبض وهو رواية
عن ابي يوسف حتى ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب حكمي حتى لو وجدها
المشتري ذات زوج كان له ان يردها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار قابضا فصار كالاعتاق
والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقأ العين وجه الاستحسان ان في التعييب الحقيقي استيلاء على
المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضا وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضا والاعتاق والتدبير
ايلاد لليد وانهاء الملك ولهذا يثبت له الولاء ومن ثم ورثته ان يصير قابضا **قال** ومن اشترى عبدا فغاب
المشتري رجل اشترى منقولا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد
بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للتهمة فاذا اقام فلا يخلو اما ان كانت الغيبة معروفة
اولا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري
وان كان الثاني باع العبد واوفى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي
اقر به وقد اقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده والقول قوله لا نسان فيما في
يده فلو ادعى الملك كان مسموعا ولو اقر به لغيره كان ملاما لحكم اليد فكذا اذا اقر به قاضيا مشغولا
بحقه ويثبت الملك له نافذا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات
فان المرتهن احق بالمرهون يباع في دينه لتعذر الاستيفاء والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فان
المبيع يباع بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري فان بينة البائع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو
دين في ذمة المشتري فتكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغائب ممتنع عندنا وفيه بحث من
اوجه الاول ان اقامة البينة على الغائب لايجاد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول الثاني ان
القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث ان ذلك يفضي الى
القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق بين كونه معلوما وغير معلوم فالتفرقة
بينهما تحكم والجواب عن الاول ان اقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة لا للقضاء وانما القاضي يقضي بموجب

اقرار

اقرار المقر بما في يده وفي لا يحتاج الى انكار الخصم وعن الثاني وجهان احدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب
من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري ليس له ان
يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه واجيب بان ذلك حق البائع وقد يسامح به اجيز والثاني ان
البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبائع ايصال حقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا
ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا ان هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر باقراره
في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ ظهر الفرق واندفع
التحكم ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو اي يتبع البائع المشتري
فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر لا يمكنه قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فاذا نقد
اجبر البائع على قبول نقصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فللحاضر
ان يرجع عليه بما نقد لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه
من العبد وللحاضر لا يقبض الا نصيبه منها بانه لا غير واذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما
نقد لاجله وليس له حق الحبس على ذلك وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع
في ذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فليس له القبض ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء
جميع الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن فان من
اعار شيئا رجلا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وهو المستعير فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما
ادى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير امره لاضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما
فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على
الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب ان الاضطرار في حالة الحضور مفقود لامكان ان يخاصمه
الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف غيبته وعلى هذا ظهر
الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استاجرا دارا فغاب احدهما قبل نقد الاجرة لصاحبها الدار فنقد الحاضر
كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس الاجر حبس
الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام التمرتاشي واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي
حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه على ما سيجيء **قال** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب
وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لانه اضاف المثقال اليهما على السواء لانه عطف على
المضاف وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة والتسوية ولو لا احدهما على الاخر فيجب
التساوي فتعلق كان الواجب فيتقيد المصنف بالجودة او الرداءة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر
فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيد محمد رحمه الله في الجامع الصغير فقال وبنوع الاصل
يجوز ان يقال الترك لكونه معلوما منا وفي كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت منك هذه الجارية
بالف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاولى للعطف الا انه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال
ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم ولقائل ان
يقول النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد قال ومن له
على اخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا والقابض لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حقه في الوصف مرعي من
حيث الجودة كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كمية حقه رجع عليه بمقدار فكذا اذا نقص

عن كتبه حقه رجع عليه بمقداره وكذا اذا انتقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا عن العين
لفكاكه وهذا لانه عن المقابلة بجنسه وتجب المصير اليه ما قلنا ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المقبوض
جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان مستوفيا من حيث الاصل
بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها منفردة بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا انها
عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون
حينئذ هو الاصل والغرض انه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتبار ما يجب عليه له ولا
نظير له في الشرع واعترض بوجهين احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يفد وهنا يفيد
فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان مملوكا له حتى لو استهلكه ضمن والثاني
ان المقصود الاصلي هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمني فلا يعتبر والجواب عن الاول
ان الفائدة عنه انما هي الغرم فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف
تابع فلا يجوز ان يكون تابعه قال واذا فرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه
وكذا اذا باض فيها او تكنس فيها ظبي وفي بعض النسخ فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه فيملكه ولانه صيد
والصيد لمن اخذه بالحديث وكونه يوخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيد كصيد انكسر رجله في ارض انسان
فانه للآخذ دون صاحب الارض والتكنس الستر ومعناه في الاصل دخل في الكناس وهو موضع الظبي
ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسر احد فهو له والبيض في معنى الصيد لانه اصله
ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وقوله وصاحب الارض لم يعدها لذلك اشارة الى انه لو اعدها
لذلك بان يبيع فيها او بغير ذلك مما يصطاد به كان له واما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف فتعلق
بها صيد فهو للآخذ وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه
ايصاله لنفسه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه فانه لا يحل لصاحبها لانه
عده من انزاله ايضا انزال الارض يتناول المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما
ان العسل صار قائما بارضه على وجه القرار فصار تابعا لها كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء
الصيد

كتاب الصرف

الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل
على تاخيره عن السلم في اول السلم وسمي هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما الحاجة الى النقل في بدليه من يد
الى يد والصرف هو النقل والرد لغة واما لغة لانه لا يطلب به الا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد
الا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بعينها لا ينتفع بغيرها مما
يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده اصلا
فلا يكون مشروعا وقد دل على مشروعيته قوله واحل الله البيع وقوله صلى الله عليه وسلم الذهب
بالذهب الحديث واذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل انما
يسمى صرفا ومنه اي من كون الصرف هو الزيادة لغة سميت العبادة النافلة صرفا قال صلى الله عليه
وسلم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمي به لكونه ازيد لحق الى المستحق
وشرطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وان لا يكون فيه خيار ولا تاجيل واقسامه ثلاثة بيع

فان باع رجل نقيضه

الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع احدهما بالآخر قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب
لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة بان يكون احدهما اجود من الآخر او احسن
صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر
لا في الوصف لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء وقد ذكرت ذلك في كتاب البيوع
في باب الربا حدث محمد رحمه الله في اول كتاب الصرف في الاصل عن ابي حنيفة عن الوليد بن ربيع عن انس
بن مالك قال اتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه باناء خسرواني قد احكمت صياغته فبعثني لابيعه فاعطيت
به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال اما الزيادة فلا قال ولا بد من قبض العوضين
قبل الافتراق تبعا لمعنى الصرف قبلا لافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو ما روينا من قوله
يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره وهو في الدلالة على وجوب
القبض كما يرى وبالمعقول وهو انه لا بد من قبض احدهما اخراجا للعقد عن الكالي بالكالي ثم ذلك
يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة نفيا لتحقق الربا وقوله في الكتاب فلا يتحقق الربا هو منصوب
بجواب النفي وهو لم لا بد احدهما دليل آخر وتقريره ان احد العوضين ليس اولى بالقبض من الآخر
فيجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين
احدهما دون الآخر لاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب الحديث وهو
يتناول المصوغ وغيره وقوله ولانه وان كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح
لانه كالي بكالي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين
ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا فان قيل فعلى هذا
التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ شبهة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب بالمضروب شبهة
شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلق ثمنا شبهة عدم
التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى هي المعتبرة دون النازلة عنها اجيب بان عدم الجواز في
المضروب نسيئة بقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص مضاف اليه لا الى العلة فيكون
الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق انما يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة
واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح
فثب معه وقضيته ما روي عن ابن جبلة قال سالت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا نقدم
ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة
بتسعة ونصف فقال لا تفعل بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي
وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المفتي اذا بين جواب ما سئل عنه لا باس بان يبين
للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقد فسرها
بجهة واحدة لانه اذا كان يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض راس
مال السلم قوله بخلاف خيار المخيرة يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد ان مشي المخيرة مع زوجها وان
كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض فان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل وهما على وزن
فاع بمعنى مفعول ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه قوله فان افترقا في الصرف متعلق بقوله ولا بد من
قبض العوضين يعني بطل العقد فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا
صحيح بخلاف من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد واجيب بانه
شرط الجواز انما يشترط مقارنا بالجانب العقد الا ان اشتراط القبض مقارنا له مما من العقد من حيث

الحقيقة تعذر جعله من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض
يوجد في المجلس لان لمجلس العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد
العقد في مجلسه كان الموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة
كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما لما ترى فيه من التسهيل مع حصول المقصود بجعله شرط
البقاء وبهذا اي ولان الافتراق بلا قبض مبطل لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الاجل بان يقول اشتريت
هذا الدينار بعشرة الدراهم على اني بالخيار ثلاثة ايام او الى الحصاد لان بالخيار لا يبقى القبض مستحقا لمنعه
الملك وبالاجل يفوت القبض المستحق والفرق بين العبارتين ان في الخيار تاخر القبض الى زمان سقوطه
فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل تاخر في العقد ما بيانه في القبض وذكرنا في الشيء مفوت له كذا قيل
وكانه راجع الى ان في الاول استحقاقه فات وفي الثاني القبض المستحق فائت قوله الا اذا اسقطه في المجلس
يعني منهما ان كان الخيار لهما او ممن له ذلك فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره استحسانا خلافا
لزفر رحمه الله وهو القياس وان اسقط الاجل فكذلك وانه اسقط احدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف ان صاحب الاجل اذا اسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه لان له غرضا ذكره في شرح القدوري لمختصر
الكرخي قيد بشرط الخيار احترازا عن خيار العيب والرؤية فانه يثبت في الصرف كما في سائر العقود الا ان خيار الرؤية لا يثبت
الا في العين لا الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار لان العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز
ان يكون المقبوض مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد فائدة قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف
قبل قبضه لا يجوز لمن اذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد
البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى لما ذكرنا لحق الله تعالى وهو القياس يقتضي
جوازه كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين عينا كانت او دينا فينصرف العقد الى مطلق الدراهم
اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف اذ ذاك سواء واجاب عنه بان الظاهر من مذهبه كمذهب
العلماء الثلاثة ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولابد فيه من مبيع وما ثمة شيء سوى الثمنين
فيجعل احدهما لكونه مبيعا بجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه وان كان بطريق الخلف وبيع المبيع
قبل القبض لا يجوز كما قلنا في المقايضة اعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد
البيع وان كان كل واحد منهما مبيعا حقيقة قيل لا نسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمنية
واجيب بان ذلك في الاثمان الجعلية في المكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير
اذا كانت دينا في الذمة لا في الاثمان الخلقية قوله وليس من ضرورة كونه جوابا عما يقال لو كان
بدل الصرف مبيعا وجب ان يكون متعينا فقال لكونه مبيعا لاشتراط قيام الملك فيه وقت العقد
وليس كذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليس في ملكهما فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض صح و
بانه الدراهم والدنانير حالة العقد ثمنهما من كل وجه وانما اعتبرتهما بعد العقد لضرورة العقد
فيجعل مبيعا بحكم عنا فيه فلا يشترط وجوده قبله قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة اذا كان
الصرف بخلاف الجنس مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله صلى الله عليه
وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وهو المعقول المتقدم مرارا بخلاف ما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة
فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بالتساوي حالة
العقد شرط تحرزا عن الفضل حينئذ لموهوم والموهوم في هذا الباب كالمتحقق والنبي صلى الله عليه وسلم لم
يرد المماثلة في علم الله تعالى لانه لا سبيل الى ذلك واذا لم يعلماه في علم العاقدين ولم يوجد فان وزنا في المجلس وعلما
تساويهما كان القياس ان لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات

المجلس

المجلس كساعة واحدة وقال زفر رحمه الله اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده لان
الشرط هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في علمهما قال
ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها
صرفا فيما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال فضة في عنقها طوق فضة فيه الف
مثقال بالفي مثقال ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد من الفضة لان قبض
حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا
معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تفريغا للذمة كما اذا ترك سجدة
صلبية وسجدة تلاوة ثم اتى بسجدتي السهو وسلم تصرف احدى السجدتين الى الصلبية وان لم ينوها ليكون الاتيان
بها على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل
في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر منهما المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم
وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين فانه دفع ساكتا عنهما جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا
ان الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله
تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرجان من احدهما فيحمل عليه بقرينة الحال واما قال خذ هذا من ثمن
الحلية خاصة فلا كلام فيه وان قال خذ من ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او لا وتفرقا على ذلك انتقض
البيع في الحلية لان الترجيح يستحق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد
تصريح من القول قوله ان المدفوع عن ثمن السيف فان لم يتقابضا شيئا حتى افترقا بطل العقد في الحلية
لانه صرف فيها واما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضرر فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز
افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لامكان افراده بالبيع
فصار كالطوق والجارية قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن ازيد مما فيه اي المبيع تعميم للكلام
لان وضع المسئلة ان الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الاقسام
الاخر وهي اربعة الاول ان يكون وزن الفضة المفردة ازيد من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جائز
لان مقدارها يقابلها والزائد في مقابلة الغير فلا يفضي الى الربا والثاني ان تكون وزن المفردة
مثل المتصلة وهو غير جائز لانه ربا لان الفضل ربا سواء كان من جنسها او من غير جنسها والثالث
ان تكون المفردة اقل وهو اوضح والرابع ان لا يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند
العقد وتوهم الفضل خلافا لزفر فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم
لم يحكم بجوازه والجواب ان ما لا يدري يجوز في الواقع ان يكون مثلا وان يكون اقل وان يكون زائدا لا
فان كان زائدا جاز والا فسد فتعددت جهة الفساد فرجحنا كل جهة منها علة للفساد فلا تصلح للترجيح واجاب
شمس الائمة الكردري رحمه الله بان مراده انه اذا كان احدهما الحكم فما ظنك بهما الا الترجيح الحقيقي لا تعارض
بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا ومن باع اناء
فضة بفضة او بذهب وقبض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في
الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح اي بقي صحيحا في بعض وبطل في آخر
وهذا بناء على ان القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لانا لو علمناه علة يلزم
تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مما نحن
وقد تقدم معنى تمام الصفقة قال ولو استحق بعض الاناء اي في هذه المسئلة فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاعيان المجتمعة لعدد

عيبًا لانتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه
وهو الافتراق لا عن قبض **قال** وان باع قطعة نقرة المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى
النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بدينار وفضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي
بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعيض لا يضره بخلاف الاناء **قال** ومن باع درهمين
ودينارًا بدرهم ودينارين جاز البيع رجل باع درهمين ودينارًا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل
جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري
حنطة والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف
الجنس الى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحيحًا
للعقد خلافًا لهما لان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته
التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل واحد من البدلين حظ
من جملة الاخر والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبًا اي سوارًا بعشرة وثوبًا بعشرة ثم باعهما
مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى بالف ثم باعه مع عبد اخر قبل نقد الثمن بالف
وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا باع درهمًا وثوبًا بدرهم
وثوب وافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان قضية
هذه المقابلة المطلقة تقتضي مقابلة الفرد بالفرد لكان جائزًا لا رادة فينبغي ان يكون مراد الماراة جائز
الارادة فلا ان كان مطلوب يحتمل التبديل لا محالة ولهذا اذا باع حنطة بكرين فسد لان الكر قابل الكر وفضل الاخر
فاما وجوبًا ان يكون درهم من الدرهمين بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الاخر قلنا
هذا غلط لانا ما اردنا من الطريق الاصرف الى خلاف الجنس اي وجه كان وتعلق بما ذكرتم تغيير اي كثير وما
هو الا تغيير متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال فيه تغيير وصف
التصرف لا اصله ولا نسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثاني ممنوع لان موجبه الاصلي هو ثبوت
الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف
الى نصيبه تصحيحًا لتصرفه وان كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى معين لما كان اصل
التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيًا ثم الجواب عن المسائل المستشهد بها اما الاولى فهي مسئلة المرابحة
فبقوله لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخلو من ان يكون مراده تغيير في الاصل
او غيره فان كان الثاني فلم ننتبه وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن ان الالتحاق
من الزيادة الى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز ان يقال بان ذلك
في المساومة فاما اذا صرحا بذكر المرابحة فالتغيير الى مشروع التولية في اصل العقد لا في وصفه واما
الثانية فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري
وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف البيع
الى المنكر والمنكر لشرعيته محل البيع والمعين ضده والشيء لا يتناول ضده واما في الاخيرة فلان العقد صحيح وفسد
حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في
الابتداء صحيح **قال** ومن باع احد عشر درهمًا بعشرة دراهم ودينار المسئلة المتقدمة كانت كالابدال فيها جنسين
من الاموال الربوية وفي هذه احدهما وهي صحيحة كالاولى ويكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط البيع في
التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرًا اذ الظاهر من حال البايع ارادة هذا النوع من المقابلة
حملًا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد **قال** ولو تبايعا فضة بفضة او ولو باع عشرة دراهم وثوبًا

معه فضة عشرة دراهم اما ان يكون مما لا قيمة له اولا والاول اما ان يكون قيمته الفضة اولا فان كان مما
لا قيمة له كالتراب مثلًا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها عوض فيتحقق الربا وان كانت قيمته
تبلغ الفضة كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة كالكف من زبيب او
جوزة او بيضة والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربا فيصير كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحيلة واما
لانه يفضي الى ان يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل في المسئلة المتقدمة مشتملة على ما
ذكرت ولم يذكر فيها الكراهة اجيب بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الذي بمقابلة
الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ولا تزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمته
عشرة دراهم والحق ان السؤال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط ربا الفضل وهو لا يتحقق
في المسئلة لان المبادلة بين خفة مع زبيب والفضة الزائد ليست بظاهر **قوله** ومن
كان له على اخر عشرة دراهم مسئلة تبتني على بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة اقسام لانه اما ان يكون
سابقًا او مقارنًا او لاحقًا فان كان سابقًا وقد اضاف اليه العقد كما اذا كان له على اخر عشرة
دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارًا بالعشرة التي عليه فانه يجوز بالاخلاف وسقط العشرة
عن ذمة من هو عليه لانه ملكها بدلًا عن الدينار غاية ما في الباب هذا عقد صرف وفي
الصرف يشترط قبض احد العوضين احترازًا عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الاخر احترازًا عن
الربا وذلك لان بقبض احد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الاخر كان فيه
خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي فيلزم الربا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار تعين
بدلًا وهو العشر سقط عن بايع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله انه تعين
احد البدلين بعد قبض الاخر للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين يسقط وانما هو في دين يقع الخطر في
عاقبته وكان مقارنًا بان اطلق العقد ولم يضف الى عشرة التي عليه ودفع دينارًا فاما ان يتقاصا بالاجماع
وان كان بجائز وقعت المقاصة استحسانًا والقياس بقيته وبه قال زفر رحمه الله لانه استبدال ببدل الصرف
وهو لا يجوز كما لو اخذ بدلًا لا الصرف عرضًا ووجه الاستحسان انه بهذا العقد يتحقق واجب التعيين بالقبض
لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق لقوله صلى الله عليه وسلم يدًا بيد والدين ليس بهذه
الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف واجب التعيين
بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقدما على المقاصة بتراضيهما لا بد لهما من تصحيحه ولا
صحة لها مع بقاء عقد الصرف فيجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه
ضرورة اذ لولا ذلك كان استبدالًا ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتًا بالاقتضاء
ولهما ذلك لان لهما فسخ اصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء اصله بالطريق الاولى
وهو نظير ما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وفيه بحث من وجه الاول ان عدم المجانسة بين
العين والدين لو منع المقاصة لوقعت اذا اضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضاء
يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي واذا ثبت الفسخ المقتضي وهو المقاصة لانها تقتضي قيام
العشرة الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ كالمقاصة وجب قبض الدينار على
البايع بحكم الاقالة لان اقالة الصرف والجواب عن الاول ما اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله وبالاضافة
الى الدين يعني المقوم تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه وعن الثاني ان المقاصة تقتضي قيام
العقد وهو موجود لانه لما بطل عقد الصرف صار كانهما عقدا عقدًا اخر بذلك انعقد المقاصة به وعن
الثالث بان الاقالة ضمنية تثبت في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت لمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر رحمه الله

حيث لم يتصل بالاتصال لتوافقهم في المسألة فتعين وجه القياس فان قيل لم ترك المصنف رحمه الله
الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنه وهو ما روي انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني اكري ابلا
بالبقيع الى مكة بالدراهم واخذ مكانها دنانير او قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا باس بذلك اذا
افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انهما كانا يضيفان العقد
الى الدين بلا دليل الى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلزمه ذكره وانما كان لاحقا بان اشترى دينارا ببعض
دراهم ثم ارادا ان يتقاصا ففيه روايتان في رواية ابي حفص واختارها شمس الائمة وقاضيخان لا تقع
المقاصة لان الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في دين سابق لحديث ابن عمر رضي الله
عنهما ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة يتضمن انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل
العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الاول وهو
ليس بدافع كما ترى الا اذا اجيب ان القياس يقتضي ان لا تقع المقاصة بين بالتعيين كما تقدم فالمطلق
والمضاف عنه سواء وقد وقعت المقاصة اذا اضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد
فسخ العقد الاول والا كان الدين يتعين بالتعيين وذلك مخالف او يقال المراد لعدم المجانسة
عدم كونهما موجبي عقد واحد فاذا اضيف الى الدين معارضه عدم المجانسة بين العين والدين
السابق واما المجانسة حينئذ بينهما وبين الدين المقارن وهذا اوضح قال ويجوز بيع درهم صحيح
بدرهمين غلة الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة فردها بيت
المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمين بصحيحين ودرهم غلة جائز
لوجود المقتضي وانتفاء المانع اما الاول فلصدوره عن اهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة
واما الثاني فلان المانع ان تصورها هو الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس قال واذا كان
الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم لان الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة او عادة فالاول كما في
الردي والثاني بما يخلط للانطباع فانها بدونه تتفتت فاذا كان كذلك اعتبر الغالب لان المغلوب في
مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدرهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب
يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض
بها الا متساويا في الوزن وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير فان اشترى بها
فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدري فالبيع
فاسد وان كانت اكثر صح وهي الحيلة المذكورة في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس
الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف جوابه انه لا اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس
لم يبق صرفا فلا يكون التقابض شرطا وجه ذلك انه صرف واشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من
الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر وهذا يشير الى انه
لا اشتمال كونها تستحق عند عدم التمييز قال المصنف رحمه الله ومشايخنا لم يفتوا به على ما وراء
النهر لم يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالي والغطارفة اي الدراهم الغطريفية وهي المنسوبة
الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد وقيل هو خال هارون الرشيد لانها اعز الاموال
في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيها اي لو افتي باباحته تدرجوا الى الفضة والذهب بالقياس ثم المعتبر في المعاملات
بها المعتاد فان كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فيها بالعد
وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لحصول المقصود ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين
بالتعيين فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بهلاكها ويجب عليه مثلها واذا كانت لا تروج فهي سلعة يتعين

بالتعيين كالرصاص والستوقة يبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم وعلم
كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان لم يعلما او لم يعلم احدهما او علما ولكن لا يعلم كل منهما ان صاحبه يعلم
فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليه معاملات الناس دون المشار اليه وان
كانت تقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان علم البائع
خاصة لانه رضي بجنس الزيوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف
واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد وترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد لا يبطل وعليه قيمتها لكن عند ابي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر
ما تعامل الناس بها والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه في البلاد
او في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل انعدام الرواج انما يوجب فساد
البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن واذا كان لا يروج
في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانها لا تهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال
مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمته دنانير الا وما ذكره في العيون يستقيم على قول
محمد واما قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على ما اختاره في بيع الفلس بالفلسين
عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد
يجب ان يكون على هذا القياس ايضا لهما ان العقد قد صح لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي
الا انه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب واذا بقي العقد
قال ابو يوسف يجب القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع اي الكساد
لان الدراهم التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها فانها بطل
الثمنية فبقي بيعا بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو
مقدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها ما دامت رائجة فهي تثبت
دينا في الذمة وبالكساد تنعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم
المغشوشة التي غلب غشها صفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض
او تخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب ان الرطب يرجى الوصول في العام الثاني غالبا
فلم يكن هالكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى ان يحصل اما الكساد في الدراهم
المغشوشة التي غلب غشها فهلاك الثمنية على وجه لا يرجى الوصول اليها في ثاني الحال لان الكساد
اصلي في الشيء اذا رجع الى اصله قلما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا
البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما وجب رده بعينه وان كان هالكا او مستهلكا فان
كان مثليا وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد وهذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن ايدي الناس
كذلك واليه اشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وان كان لا نص فيه بالكساد
واما اذا غلت بازدياد القيمة او نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم
بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم قدره وصفته وانما قال كذلك
اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف او الاشارة اليه ثم انها اما ان يكون نافقة او كاسدة حالة
العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم يتعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري لا يجبر على دفع ما
عين بل هو مخير بين ذلك وبين دفع مثله وان هلك ذلك لم ينفسخ العقد وان الثاني فلا يكون البيع
بها من التعيين لانها سلع واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد

الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند ابي حنيفة بطل البيع خلافا لهما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري
من الاختلاف مخالف لما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس
في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلاثة وذكروا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى الحكم
عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت
قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس بحال الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل
بالعجز عن تسليم البدل كما لو ابق العبد وكما لو اشترى بالرطب فانقطع اوانه وهذا نظير قوله عندنا وان ذكر على
الاتفاق لكن الدليل المذكور يمنعه لانه دليل ما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قال الكساد لا يوجب
الفساد فجعله متمسكا ههنا يفضي الى التحكم الا اذا اظهر معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم
اظفر بذلك قال ولو استقرض المثلي اعارة حكما لان اعارته قرض وموجب استقراض المثلي رد عينه
معنى وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون
باستهلاك عينه لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهو لا يجوز فان قيل كيف
يكون المثل معنى العين وقد فات وصف الثمنية فانما كان رد معنى العين ان لو رد مثله حال كونه
ثمنا اجاب المصنف رحمه الله بان الثمنية فضل في القرض وهو ظاهر ولا لازمها لوازمه
فجاز ان ينفك القرض عن الثمنية ويجعل المستقرض من حيث كونه من ذوات الامثال الا ترى
انه استقراض جائز في كل مكيل وموزون او عددي متقارب وبالكساد لم يخرج من كونه من
ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد
وحقيقة المثل المجرد عن الثمنية اقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها ما دام ممكنا وعندهما
يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض وليس المثل المجرد في معناها فيجب رد
قيمتها اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من
قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا وانقطع فعند ابي يوسف تجب القيمة
يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع وسيجيء وقول محمد انظر للمقرض والمستقرض لان في قول ابي حنيفة
يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابي يوسف تجب القيمة يوم القبض ولا شك
ان قيمته يوم القبض اكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد انظر للجانبين
وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمته يوم
الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس
جاز رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم يعني ان ذلك النصف من الدرهم فلوس لا نقرة وذلك معلوم
عند الناس وقت العقد جاز ووجب عليه الوفاء بذلك العدد من الفلوس وكذا اذا قال بدانق
فلوس وهو سدس الدرهم او بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة
ونصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا ولنا
ما نعني عن الجواز وقلنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من
حيث العدد فاذا زاد على الدرهم جوزه ابو يوسف بناء على كونه معلوما وقال محمد فيما دون
الدرهم وما فوقه يجوز فيما دون الدرهم خاصة لان العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم
فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول ابي يوسف لا سيما في ديارنا بناء على عدم
المنازعة لكونه معلوما والاشتراك العرفي قال ومن اعطى صيرفيا درهما فهذه ثلاث مسائل الاولى ان
يعطي درهما كبيرا ويقول اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا اي درهما صغيرا وزنه نصف درهم

كبير الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن
الجواز وقابل النصف الآخر بنصف الا حبة وهو ربا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة بطل في الكل لاتحاد الصفقة
وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب
تدل على انه لا نص عن ابي حنيفة رحمه الله والثانية ان يكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان
العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو قال
يعني بنصفه الا فضة خلا او بنصفها دنا من الخمر فان البيع في الخل صحيح وفي الخمر فاسد ولم
يشع الفساد لتفريق الصفقة وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليمان والشيخ
الامام شيخ الاسلام ان العقد لا يصح فيهما ايضا وان كرر لفظ الاعطاء لاتحاد الصفقة فان قوله
اعطني مساومة وبتكرارها لا يتكرر البيع وهذا لان بذل المساومة لا ينعقد البيع فان تمسك البعض في ذلك
بحث لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكررها قيل
والاول هو الصحيح وهو اختيار المصنف والثالثة ان يقول اعطني نصف درهم فلوسا وفي بعض النسخ
فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الا حبة جاز والفرق بينها وبين الاولى انه لم يكرر لفظ بنصفه بل قابل
الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف الدرهم الا حبة
بمثله والباقي بازاء الفلوس قال المصنف وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية اراد قوله
اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة وهي الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة الاولى
ليست بمذكورة في اكثر نسخ المختصر قال ابو نصر الاقطع في شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ والله اعلم

كتاب الكفالة

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة
انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة والكفالة في اللغة هو الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها
الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة
في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين
تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما سيجيء ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل
صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به
الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملكه كما قبل الكفالة لان تمليك الدين من غير من عليه
الدين لا يجوز واجيب بان رب الدين لما وهبه للكفيل صح لجعلنا الدين عليه حينئذ ضرورة
تصحيح التصرف وجعلناه في حكم دينين واما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين قال الكفالة ضربان كفالة
بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه تكفل بما
لا يقدر على تسليمه لانه رقبا في محله لا يتعاطاه بتسليمه ولانه لا قدرة له على المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر
واما اذا كان بامره فلان امره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية ولانه يؤدي المال المكفول عنه بخلاف الكفالة
بالمال لانه له ولاية على ماله نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم اي الكفيل ضامن ووجه
الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال هو مشترك الالزام لانه صلى

صلى الله عليه وسلم حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم
شيئا لان الغرم مبني على لزوم ما ضمن وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو
يتضرر به **قوله** ولانه يقدر على تسليمه جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره انا لا نسلم انه
لا يقدر على تسليمه **قوله** اذ لا قدرة له على نفس المكفول به ممنوع فانه قادر على كل شيء بحسبه وهو يقدر ان يعلم
الطالب مكانه ويخلي بينه وبين الطالب او يستعين باعوان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به غير مبني
على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا له **قوله** والحاجة ماسة استظهار بعد صحة الدليل وذلك لان معنى
الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة
فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا **قال** وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان لما فرغ من انواع
الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة
كقوله تكفلت بنفس فلان او بجسده او ببدنه وقسم يعبر عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته
فان كلا منهما مخصوص بعضو خاص فلا تشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شائع
كنصف او ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها كما مر في الطلاق
من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا
تصح اضافة الطلاق اليهما وكذا اذا قال ضمنته لانه صريح موجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه
صيغة الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك
كلا او عيالا فالي اي الكل اليتيم والعيال من يعول اي ينفق عليه ويجوز ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال
وكذا اذا قال انا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقد رويناه فيه او قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا
سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال انا ضامن
لك لمعرفته فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف رحمه الله على هذا معاملة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول
به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم
يحضره لا يستعجل بحبسه لعله ما درى لماذا يدعى فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون بعجز او مع قدرة فان كان
الثاني حبسه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه او لا فان كان الاول امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت
ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافق على ذلك او لا فان كان الاول
سقطت المطالبة عن الكفيل الحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم الحال وان كان الثاني
فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع
معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان
الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو
الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان
يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام
الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة
قال واذا احضره وسلمه في مكان اذا احضر الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا
سلمه في مثل ذلك المكان يحصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وقد حصل وذلك بما قلنا وان
كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس
الائمة السرخسي المتاخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت اما في زماننا اذا شرط
التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة اهل الفسق

والفساد

والفساد لا على الاحضار والتقييد بمجلس القاضي يفيد وان سلمه في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو
القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي
كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون
شهوده فيما عينه والتسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم ان يكون فيما عينه
يتوهم ان يكون في الذي سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم محققا من الكفيل على
الوجه الذي التزمه فيبرأ وهذا لان المعتبر تمكنه من ان يحضره مجلس الحكم ليثبت حقه والقرن الثالث
وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والعفاف
لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه
في ذلك المصر او في مصر آخر ثم تغير الحال بعده لكن في زمن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر
الفساد ومال من القضاة الى اخذ الرشوة فقيد التسليم بالمصر الذي كفل فيه دفعا للضرر عن
الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر
على المحاكمة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل برجل وهو محبوس فلم يقدر ان يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل
لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق فحبس الكفيل حتى يأتي به لانه حال ما كفل كان قادرا على الاتيان
به **قال** واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس يتناول الكفيل والمكفول به وموت كل واحد
احدهما مسقط لها اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل
فيسقط الاحضار عن الكفيل واما اذا مات الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول بنفسه لا محالة
فان قيل فليؤد الدين من ماله اجاب بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به
وتسليمه الى المكفول له لا اصالة وهو ظاهر ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس
بخلاف الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود البقاء حق
المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول
عنه اذا كانت الكفالة بامره كما في حالة الحياة واذا مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل ان كان
له وصي وان لم يكن له فلوارثه ان يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت **قال** ومن كفل بنفس آخر ومن
كفل بنفس آخر بالاضافة ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه برئ لانه يقتضي البراءة وذكر لتذكير
الجهة هو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجب البراءة عند التسليم وقد وجد والشيء الموجب
عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكذا الاجتماع
فانه يثبت بالنكاح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف اي
لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون
ذكرها صريحا وليس بشيء لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا في دفع المكفول به الى المكفول
له قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا لنفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج
اليه وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم استوف حقي من المطلوب لا يبرأ
الكفيل ولكن نقول له قد اوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار فاذا وجد التسليم لا يشترط قبول الطالب التسليم كذا
كلام في قضاء الدين الكفيل برئ بنفسه يتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن كفالة
الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل وصار تسليمه كتسليم الكفيل لان المكفول به مطالب
بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طولب به فهو كفيل برئ نفسه عن ذلك فيفيد التسليم
لكن اذا قال دفعت نفسي عن كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه

ببقاء الكفالة بالنفس

ومن جهة الكفيل فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا فما
ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون في تسليم نفسه
الى الطالب متبرعا فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة كما بينا
ولانه يستلزم ان يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل
الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه قال وان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به في وقت كذا فهو ضامن لما عليه
ان لم اواف به الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال واما
اي اتاه من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه ان لم يقله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم
الموافاة على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو الف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلي ما لك عليه ولم
يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع وكذا لو
قال كفلت لك بما ادركك في هذه الجارية التي اشتريتها من زيد صحت وكذلك الكفالة بالشجة
صحيحة مع انها لم تعلم هل تبلغ النفس او لا والحكم في هذه المسئلة شيئان احدهما صحة الكفالة وفيه
خلاف الشافعي رحمه الله والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عندنا اذا لزمه ما تكفل به من المال بعد
وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة
صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط
لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه وتقريره ان الكفالة
بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل الا بما ينافيها من تسليم او ابراء او موت وليست الكفالة بالمال
منافية لها لاجتماعهما ولان كل واحد منهما للتوثق فلا يبطلها وكيف يبطلها وقد يكون له عليه مطالبة
اخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له فهو مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة
بالنفس ووجوب البدل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة واجيب بان البدلية ممنوعة فان
كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر كفالة بالنفس بعد مثلها ولان اجتماعهما يصح والوفاء بهما اذ ذاك
بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال الشافعي هذه الكفالة اي المعلقة بالشرط لا تصح لانه اي تعليق الكفالة
تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعليق
سبب وجوب المال في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب انا لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر
لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكنه اشبه البيع مطلقا او من وجه والاول
ممنوع والثاني لا يفيد المطلوب لانه يشبه البيع من وجه كما مر ويشبه النذر من حيث الالتزام فشبه البيع
يقتضي ان لا يجوز التعليق بالشروط كلها وشبه النذر جوازه كذلك واعمال الشبهين اولى فقلنا لا يصح
تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق بعدم الموافاة
متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم في ذلك اكثر
من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال ومن كفل بالنفس وقال ان لم اواف به غدا فعلي الف فمات
المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسئلة الجامع الصغير فهي وان وافقت
مسئلة القدوري المذكورة في ان كلا منهما وجوب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها عرفها ههنا بالموت
وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهو ان
الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب ان يسقط ما ترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتاكيد لها ليست
مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذ سقطت الاولى على الاصح فيجب ان يسقط فيما نحن فيه
لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به ولا يلزم ان يكون الاخر ... ما فرضنا

تاكيدا

تاكيدا للغير مقصودا بالذات وذلك خلف باطل واجاب الامام ظهير الدين رحمه الله في فوائده بان الابراء
وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء ينفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت ينفسخ فيما يرجع
الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به
تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في
حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم صيرورة
التاكيد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تاكيد كما كان فان قيل ذلك يتضرر به الكفيل
وهو مدفوع قلنا الا انه اتى عنه غير مدفوع وقد التزمه حيث تيقن باحتمال الموت فلم يستثن فان
قيل الاستنكار ظن منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها قلنا دعوى على خلاف
اطلاق لفظه في ان لم اواف فلا يفيد في اضرار غرم قال ومن ادعى على اخر مائة دينار وبينها او لم يبينها
او ردية هندية او مصرية او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة
فطلبه ولم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم
ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا يسمع دعواه فلا يجبر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة
وذلك لوجهين احدهما ان الكفيل علق في كفالته مالا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه
بامر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه
وان بينها لاحتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة
ليترك المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي وهو كما
ترى يقتضي ان لا يصح الكفالة وان بين المال وبه صرح المصنف والثاني ان الدعوى بلا بيان غير
صحيحة فلم يجب احضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما ينبني عليها وهذا منسوب
الى الشيخ الامام ابي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولهما ان المال ذكر معرفا
لانه قال المائة فينصرف الى ما عليه وبكون النسبة موجودة تخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما
والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة في
مقابلة النكتة الاولى لمحمد وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية ان المال اذا لم يكن معلوما لا باس
بذلك لان العادة جرت بالاجمال في الدعاوي في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس
القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فكانه ادعى بالمائة المطلقة
في الابتداء المائة التي يدعيها ويبينها في الاخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله
في البيان لانه يدعي صحة الكفالة قال ولا تجوز الكفالة بالنفس ممن توجه عليه الحدود والقصاص اذا طلب منه
كفيل بنفسه بان يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعي عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند ابي حنيفة
رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز اجبار الكفالة بحذف المضاف زايدا لم
يكن مراده وكان ذلك معروفا من الصحابة فاخرج الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما انه
قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني فيه ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده
فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك
فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وانما
قيد بالبيع ولم يقل كما يجوز له التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان
قبل القبض في كل تصرف لا يتم الا بالقبض والمانع زال بالعقد بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه
والجواب ان البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم

البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك العين مما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة اولى قوله
ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول
على تقدير هلاك المبيع في يد البائع والغرر غرر جاء بين لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي
عنك علمه وقد تقدم واعترض بان غرر الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق
وليس بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا واجيب بان
عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى
واحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق
وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي
حنيفة وابي يوسف قال المصنف واسناد الجواز الى الكفالة مجاز وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقه وفي القصاص
لانه خالص حق العبد لان المغلب فيه حق العبد على الخصوص لما عرف ان القصاص مشتمل على
الحقين وحق العبد غالب ولنا تفسير الجبر ههنا الحبس بل الامر بالملازمة بان يدور الطالب مع المطلوب
اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره واراد الدخول يستاذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه
كيلا يتمكن حيث يسكن فان لم ياذن له بالدخول يجلسه في باب داره ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود الخالصة
لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وان طالب نفس المكفول به سواء اعطاه قبل اقامة
البينة او بعدها اما قبل اقامتها فلان احدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع
دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الاصيل وبعد اقامة البينة قبل التعديل
يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه و
سلم لا كفالة في حد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد وبين ما هو خالص حق الله قيل هذا من كلام
شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاف في ادب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في ادب القاضي
روي هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها
الاستيثاق بالكفيل فان قيل يحبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس [illegible] من اخذ الكفيل اجيب
بان الحبس للتهمة على ما يذكر لا للاستيثاق بخلاف سائر الحقوق فانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق
كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب
على اعطاء الكفيل فيه كما في الاموال ولو سمحت نفسه اي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل كالطالب من غير
جبر عليه في القصاص وحد القذف صح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب
فيطالب به الكفيل فيتحقق معنى الكفالة وهو الضم والحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على
المذهبين قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل وفي بعض النسخ فيهما اي
في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه اي يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس
ههنا للتهمة اي تهمة الفساد لا لاثبات المدعى لانه يحتاج الحجة كاملة والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما
العدد او العدالة والحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من الديانات والديانات تثبت باحد شطريها
وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه
فلا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق انه ما كان الحبس فيه اقصى عقوبة كما في الاموال اذا ثبت وعدم موجباته
الشهود وامتنع عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان اقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص
فان الاقصى فيها القتل او القطع او الجلد جاز الحبس قبل ثبوته بالتهمة ويمكن ان يجاب بان يجعل قولهم للتهمة

على ان

على ان المدعى به اتهام الحكام في التهاون فيه وديانته انما الدرء مامور به والترك والتهاون حرام لافضائه
الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهم بالتهاون
في ذلك فهو قادح في ديانته والاتقاء عن مواضع التهم مامور به فيحبس باحد شطري الشهادة دفعا للتهمة
بالفساد ودفعا للتهمة عن الحاكم والحبس من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن النبي صلى
الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك وهذا اذا ادعى الحق الكامل بخلاف الذرء هذا والله اعلم بالصواب وذكر في كتاب ادب
القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لان اخذ الكفيل لما جاز كان التوثق به فيستغنى عن
الحبس وقيل معنى كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد روايتين وفي رواية اخرى عكسه وهو دليل
الاستيثاق باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج اورد هذه
المسئلة ههنا دفعا لما عسى يتوهم ان اخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلاة دون الديون المطلقة فان
صحة الكفالة تقتضي دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك الا يرى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ولا ادا
من عليه الا بحجة تقتضي الكفالة عنه وانما قيل مطلقا يعني في الحياة والممات احترازا عن الزكاة فانها تطالب
كما في الاموال الظاهرة فان المطالب بها هو الامام واما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز
لانها غير مطالبة بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة وفي قوله لانه
دين يطالب به اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة والممات تصح به الكفالة
بالاستقراء ولو خرج مما شرح الكفالة الا جاز فيه قوله يمكن الاستيفاء اشارة الى صحة الرهن فالعقل يمكن
[illegible] لكونه توثيقا لجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه كذلك في كلام المصنف
[illegible] ولا بعد في صحته ذلك قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان
[illegible] موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اي التزام الكفيل في ذمته الى ذمة الاصيل
في المطالبة بان يكون مطالبا بالحضار المكفول عنه كما انه مطالب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء
الكفيل لا يرتد بالرد لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة
التوثق وبالثانية يزداد التوثق وما يزداد به الشيء لا ينافيه فكان المقتضي لجوازه موجودا والمانع منتفيا
فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول الا اذا صح هناك ذكر التوثق فلو برئ الاول
كان ذلك الا ما نقص لما فرضناه زيادة لم تكن زيادة هذا خلف باطل قال ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم
لما وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان واحد في موضعين وهو بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين
برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والاصل موافقتها ويقتضي عدم التفرقة بين
الكفالة والحوالة فانه منهي عن الخلل وذلك باطل ثم اذا سلم احد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون
صاحبه قال واما الكفالة بالمال فجائزة لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع
في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بالف درهم او كقوله
تكفلت عنه بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع
فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها الجهالة [illegible] بعد ان كانت دينا صحيحا لا تنبني الكفالة على التوسع
فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها الجهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد ان كانت متعارفة قوله وعلى الكفالة بالدرك يعني الرد
وسكوته دهرا للسعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة الى نفي قول الشافعي ان الضمان بالمجهول لا يصح لانه التزام
مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول فصارت الكفالة بمال
مجهول كالكفالة بشجة اي شجة كانت اذا كان خطأ فانها صحيحة وان كانت تحتمل الاحوال السارية والامتناع والقتل
خطأ لانها اذا كانت عمدا وسرت وكانت الشجة الجارحة فانها توجب القصاص والكفالة به لا تصح فلا تردد [illegible]

كلامه لم يحتج الى التعيين به وشرط ان يكون المكفول به دينا صحيحا وفسره بان لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح
اذ الدين الصحيح هو الذي لا يسقط الا بالاداء او الابراء [illegible] والمطلوب لا يقدر على اسقاطه عن ذمته الا بالاداء او ببدل
الكتابة ليس كذلك لان للمكاتب ان يسقط البدل بتعجيز نفسه وكفالة المولى لا تجب على عبده شيء فيطالبه به
قال والمكفول له بالخيار ان المكفول له مخير بين ان يطالب الذي عليه الاصل اي الاصيل ويسمى المديون اصلا لان المطالبة
مبنية عليه فان مطالبة الدين بغيره [illegible] فكانت المطالبة [illegible] وهذا التخيير [illegible] على ما تقدم ان الكفالة
ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول [illegible] الا اذا شرطت البراءة فتصير حوالة اعتبارا للمعنى
كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ المحيل تكون كفالة [illegible] يطالبهما جميعا [illegible] بخلاف المالك اذا
اختار احد الغاصبين [illegible] اذا اختار تضمين احدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان
اختيار احدهما يتضمن التمليك منه اذا قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمليك من الثاني فاما المطالبة بالكفالة
فلا يتضمن التمليك قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط ويجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل ان يكون شرطا لوجوب
الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل ان يقول اذا قدم زيد وهو المكفول عنه او لتعذر الاستيفاء
مثل قوله اذا غاب عن البلد واذا مات ولم يدع شيئا وان حل ماله عليه [illegible] بمجرد الشرط
عن الملائمة كقوله ان هبت الريح [illegible] واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف
عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وكان ذلك باعلام يوسف عليه السلام
وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار [illegible] من وجهين احدهما ما قال بعض
الشافعية ان هذه الآية محمولة على بيان [illegible] لا لبيان الكفالة [illegible]
[illegible] ولا يكون كفالة لان الكفالة [illegible] نفسه ولنا ان
الآية [illegible] الظاهر [illegible] المكفول له [illegible] تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم
حقيقة في الكفالة والعمل بها [illegible] ممكن واجب [illegible]
[illegible] ضامنا عن الملك لا عن نفسه فتحقق حقيقة الكفالة وعن
الثاني [illegible] ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له [illegible] الى سبب الوجوب وعدم جواز
احدهما [illegible] الفرق بين جهالة المكفول له [illegible] المكفول عنه وجهالة المكفول
له [illegible] الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت احدا من
الناس [illegible] لانه قال تعالى ولمن جاء به حمل بعير وهو غير معلوم لانه
يختلف باختلاف البعير [illegible] والثانية [illegible] فان الكفالة
الى المستقبل [illegible] والقياس [illegible] جوزت استحسانا للتعامل فيما اذا كان المكفول عنه
معلوما [illegible] على اصل القياس والثالثة [illegible] مطلقا لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى [illegible]
قبول الطالب [illegible] بمنزلة الطلاق والعتاق حتى يصح من غير قبول [illegible] الطلاق والعتاق من غير
قبول [illegible] بمنزلة البيع في حق الطالب [illegible] كان جهالة المشتري
مانعة من البيع [illegible] جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع [illegible] العتق [illegible]
[illegible] قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا اي كما لا يصح تعليق الكفالة [illegible]
[illegible] وكذا [illegible] الكفالة [illegible] الاول ان قوله لا يصح [illegible]
يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز [illegible] وكذا اذا جعل معطوف
على قوله [illegible] فاعل يصح هو التعليق او الكفالة
اذ لم يذكر [illegible] ولا يجوز [illegible] وكذا لا يصح التعليق بجعل كل واحد منهما اجلا والثاني [illegible]

لقوله

لقوله تعالى [illegible] انه يصح الكفالة الثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة
والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط
المحض وهو اول المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول بان حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بها والمجموع
ينتفي بانتفاء جزئه ولا يقال جزئه نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة ولا ينتفي الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق
نفي اذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد انعقاد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه
وقد تقدم في الصرف ما يقاربه ان كان على ذكر منك وعن الثاني بان فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره وكذا لا يصح
التعليق لا يصح الاجل اذ جعل كل واحد منهما اجلا وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقرينة
قوله فيجب المال حالا وتقديره لان الكفالة لما صح تأجيلها باجل متعارف لم تبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق
ويجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما فانه تكفلت بما لك ثم قامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان
الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فيصح
الضمان وان لم تقم بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر الزيادة وانما كان القول
قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا اقر بشيء مجهول فانما كان مع يمينه لان من جعل القول قوله
فيما كان هو خصما فيه والشيء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال [illegible] اشار بقوله
لانه منكر الزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر مما اقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له
عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها كالمريض اذا اقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في
حق غرماء دين الصحة حيث يقدمون على المقر له في حال المرض قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره
الكفالة بامر المكفول عنه هو ان يقول اضمن عني او تكفل عني وبغير امره [illegible] في الجواز لان الدليل الدال
على جوازها وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وامثاله لا يفصل بين كونها بامر او بغيره ولان الكفالة
التزام المطالبة على الغير وذلك لا يتضرر الا عند الامر فالمامور يتصرف فان امر فقد رضي والتزام المرضي غير
ما مر فتبين ان الكفالة بنوعيها مما يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازه واجب ثم ان
كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره رجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا
عليه او عبدا كذلك وامر الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على الصبي [illegible] على العبد ما دام رقيقا لان المراد بالامر
ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال الغير ادّ عني زكاة مالي او اطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد
ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الامر على انك ضامن لان المراد بالدين هو الدين الصحيح
وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع بادائه والمتبرع لا يرجع وفي [illegible] لما كان الكفيل
اذا ادى يرجع سواء كفل بامره او بغير امره لان الطالب بالاستيفاء ملكه المال من الكفيل واقامه مقام نفسه
في استيفاء المال من الاصيل والجواب ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فاذا كفل بامره [illegible]
الكفالة [illegible] المال للطالب على الكفيل [illegible] للكفيل على الاصيل لكنه تؤخر الى ادائه وهذا لا يكون [illegible]
[illegible] رجع بما ادى اعلم ان الكفيل على المكفول به في فصول الاول [illegible] لصاحب الدين [illegible] ابراه ومنها ارثه له
ومنها هبته اياه على جنس آخر اما الفصل الاول [illegible] ان يكون ادى ما ضمن وفيه الرجوع بما ادى لانه
مثل ما ضمن والثاني ان يكون ادى خلاف ما ضمن كما اذا ادى زيوفا بدل ما ضمن من الجياد وتجوز له ذلك او بالعكس
من ذلك وفيه الرجوع بما ادى قال المصنف لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له
ان يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته فكذا من
نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو ان يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل
فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل الميراث وهو ان يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه

تمليك الدين ممن غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة في المطالبة لا في الدين اذا في الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد
فيه وهو ما ضمن واما في الاداء فلانه ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع
به فيما تعدد اعني ما ادى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدهما ان تمليك الدين من غير من عليه الدين
يصح اذا سلطه كما اذا وهبه واذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه
واذا اذن له بالقبض صار كانه اخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ يكون تمليك
الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك ضرورة واما
اذا كانت فيجوز ان يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة
ذلك ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره وامكن ذلك لان له ولاية نقل الدين
اليه باحالة الدين عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته
له فان الابراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به لما كانت تمليكا اقتضت ملكا معتدا به التسليم وذلك في غير من عليه
الدين غير متصور فمست الحاجة الى نقل الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد فكذا لو وهب الدين من
الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثاني بان التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك
موجود في الجميع ثم اذا نزل منزلته والطالب لم يكن له ان يطلب الا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقابل ذلك
على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وادى المحال عليه ذلك بخلاف ما ضمن
فان المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه تملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب قوله بما ذكرنا في الحوالة
قيل يريد به حوالة كفاية المنتهى قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين جواب دخل تقريره الكفيل لا يرجع الا
اذا ادى بامر المكفول عنه وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور يرجع بما ادى فكذا الكفيل
ووجهه ان يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الامر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة ولا تملك الدين بالاداء
حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتباره فلو ادى الزيوف عن الجياد
وتجوز له ذلك رجع بها دون الجياد لان الذي امر به لم يوجد والعكس كذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة
فكان متبرعا بها وعلى هذا قوله رجع بما ادى باطلاقه فيه تسامح واما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين
احدهما ان يصالحه على اقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة وفيه يرجع بما ادى لا بما ضمن لانه
اسقاط كما انه ابرأه فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما نذكره والثاني ان يصالحه
على ما نذكره والثاني ان يصالحه على جنس آخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي قال وليس للكفيل ان يطالب
المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا
يملكه قبل الاداء فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الموجب قد وجد في حقه حيث
انعقد بينهما اي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن والوكيل
لا يتخلص المشتري من الموكل لاجل الثمن كالبائع والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة قال فان لوزم
بالمال الذي لوزم الكفيل به ان يلازم المكفول عنه اذا لم يكن المكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو
الذي اوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبسه كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بامره وقال
الشافعي رحمه الله ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء قلنا هو مورط فعليه الخلاص [illegible]
قال فاذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى دينه برئ الكفيل لانه ابرأ الاصيل وابراء الاصيل يستلزم ابراء
الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالابراء فلم يبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل
لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء الاصل وقوله
في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل ايضا على ما تقدم ولا يتوهم

ان على ذلك القول براءة الاصيل لا توجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع وتعليل بان الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون
على الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء او الابراء فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل
فرع وجوبه على الاصيل فلم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل
منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم تبق هناك كفيل بل الباقي اذ ذاك محال عليه
ولم نقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه وان ابرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الاصيل لان على
الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا توجب سقوط اصل الدين لان بقاء الدين
على الاصيل بدون الطلب وبدون الكفيل جائز الا انه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل وان
اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله وان اخر عن كفيله لا يكون تاخيرا عن الاصيل لان التاخير
ابراء موقت لاسقاطه المطالبة الى غاية فيعتبر بالابراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الابراء وتسقط عنه
المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه [illegible] صحته حالا والجواب ان اعتبار شيء
بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا لانتفى الاعتبار فلم يحتاج الى ذكر فارق عند من يقول
بجوازه بين قبول احدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكر من ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك
فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار واما الابراء الموقت
فهو تاخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتاخير قابل للرد قوله بخلاف ما اذا كفل
بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يكون تاخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتاخير عن الكفيل بل هو تاخير
لاصل الدين لانه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة لم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين لان المطالبة
الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد حتى تتأخر واذا كان تاخيرا لاصل الدين وهو في ذمة الاصيل تأخر عنه وعن
الكفيل جميعا اما ههنا اي فيما اذا اجل بعد الكفالة فانما كان للتأخير الحاصلة بالكفالة ولا يلزم
من ذلك تأخير اصل الدين قال فان صالح الكفيل رب المال [illegible] مصالحة الكفيل رب المال على اقل من قدر الدين
بجنسه على اربعة اوجه [illegible] ان يشترط براءتهما جميعا وفي الثالث برئ الكفيل عن خمسمائة والالف
بحاله على الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره وفي الرابع وهو
مسئلة الكتاب بان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئا جميعا
عن خمسمائة لانه اضاف الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة
فبرئ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل
ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى اياه بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لان الاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع الدين
في ذمة الكفيل لتعين الدنانير بدلا عن الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين ويكون الرجوع مشروطا
للكفيل فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث
لا يمكن ان تكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه ربا فيبقى الدين في ذمة الاصيل والرجوع مشروطا له
وبراءته توجب براءة الكفيل فبرئ عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بامره كما ذكرنا
قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا اذكر ههنا ثلاث مسائل تتعلق بالابراء احداها ما ذكرنا ابتداء البراءة
من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب والثانية ان يذكر ابتداؤها من الطالب والثالثة بالعكس فالاولى ان
يقول لكفيل ضمن بامره مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على الاصيل لما ذكر ان البراءة التي يكون ابتداؤها
من المطلوب اي الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فكان بمنزلة ان يقول دفعت الي المال
او قبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل
على الاصيل والثانية ان يقول ابرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين ان يطلب المال من

الاصيل لان ما كان تعليقه اللفظ براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء وهذا بان
بالاتفاق واما الثالثة وهو ان يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل
ان يقول ابراتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والابراء فيثبت ادناهما فيثبت قوله ولا يرجع الكفيل بالشك ويجوز
يجوز ان يكون دليلا اخر وتوجيهه ان يقال تيقنا بحصول البراءة باحد الامرين وان شككنا في الرجوع
لان البراءة ان كانت بالاداء رجع الكفيل وان كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال ابو يوسف
هو مثل ان يقول برئت الي لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب حيث انه ذكر حرف الخطاب وهو التاء
وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قمت وقعدت مثلا وهو فيما نحن فيه
لا ايفاء لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع البراءة وان لم يوجد من
الطالب صنع فاما البراءة بالابراء فلا توجد بفعل الكفيل لا محالة وقيل ابو حنيفة رحمه الله مع
ابي يوسف في هذه المسألة وكان المصنف اختاره فاخره وهو اقرب الاحتمالين فالمصير اليه
اولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل واما اذا كان غائبا
فالاختلاف على الوجوه المذكورة واعترض بوجهين احدهما هو ان المجمل لا يحتمل العمل به الا ببيان من
المجمل وقد ظهر مما ذكر ان العمل به جاز والثاني ان حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا على العمل
في الوجه الاول والثاني ان حكم التوقف قبل البيان بالاثبات فكيف يكون مجملا مع اتصال الا به واجيب
بان قوله برئت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الحقيقة الا انه
ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان يقال برئت الي لاني ابراتك وان كان بعيدا عن الاستعمال
وما ذكر بعد في الاوجه الثلثة استدلال لا صريح في الايفاء نص لا ايجاب فكان العمل به عند العجز بالعمل
بالنص فلما امكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان دافعا
في دلالته على المراد وكونه غير صريح في الايفاء والابراء هو الذي سوغ استعمال لفظ المجمل والرجوع الى
بيان الطالب التصريح وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة فيه وهذا تطويل لا طائل تحته لان
كان المراد بالمجمل الاصطلاحي وان كان المراد به المجمل اللغوي وهو ما كان فيه احتمال فالجواب هو المجمل
هو ما **قال** ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل ان يقول اذا جاء غد فانت بريء من الكفالة
لا يجوز لان في البراءة معنى التمليك كما في سائر البراءات والتعليق انما يصح في
الاسقاط المحض ورجحها لو كفل بالمال او بالنفس قال اذا وافيتك به غدا فانا بريء من المال فوافاه من
الغد فهو بريء من المال فهذا تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به وهو المسألة في
الايضاح ويروى انه يصح لانها اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح
ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في
وجه اختلاف الروايتين التعارض لجواز انما هو اذا كان الشرط شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا
كقوله اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس
للناس فيه تعامل فاما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح كالمسألة
المنقولة من الايضاح فان الطالب له فيه نفع من ابراء البعض واستيفاء البعض وهذه متعامل الا ترى ان
صاحب الدين اذا قال اعجل حصتي على ابرائك من الباقي كان صحيحا ولان علق البراءة عن البعض بتعجيل
البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية الجواز
محمولة على ما اذا كان شرطا محضا غير متعامل ورواية بجواز على ما يقابله **قال** وكل حق
لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة به كما ذكرنا بطلة بما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله

لايصح

كفالة حيث لا يصح

لا يصح لان الكتان الصرف او حق الرقبة للمشتري يتعلق الحاكم لكنه لا يصح شرعا وعرفا بعدم الامكان لغة
في ثمن المبيع فان كفل رجل عن رجل بما عليه من الحدود والقصاص لم يصح الكفالة عند لا ن
الاستيفاء تتحقق من الكفيل لما يجب عليه وهو متعذر اذا الوجوب عليه انما ان يكون اصالة او بغرض خلافة
او نيابة وهي لا تجري في العقوبات والولاية المقصود وهو الزجر وهو لا يقامة على النائب لا
يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما ان يكون المراد به ان لا يفعل او لغيره فان كان الاول فقد
لا يحصل المقصود كما في بعض المنتهكين يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصود
بالاقامة على النائب فهذا في الحدود واما في القصاص فالاول مستقيم قطعا لعدم تصور تعدد الموت
اصلا لا يحتمله والثاني كما في الحد ولعل الجواب عنه يكون الاحالة اولى فانه لم يرد لجرم من
اهله خلافا في الحرمة في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكا في المسلمات وهو غير مسموع
قال واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لانه
دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة
بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية الى ما هو امانة
كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والى ما هو مضمون والمضمون ينقسم الى
ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على
سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها اما ان تكون بذاتها او بتسليمها فان كان الاول لم
تصح الكفالة فيما يكون امانة او مضمونا بالغير ويصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله فعلى هذا لا يجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بان يقول الكفيل للمشتري ان
هلك المبيع فعلي بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون ولا بالامانات كالوديعة
والمستعار لانها امانة وتجوز بالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب فيجب
على الكفيل تسليم العين ما دام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانه مضمون بغيره كما مر
ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالاعيان مطلقا على ما تبيناه اي موجب الكفالة التزام المطالبة
الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء
من عنده وذلك يتصور في الديون دون الاعيان وقلنا بناء على اصلنا لا محالة ولا مالة ايضا
كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لان القيمة غير مضمونة على
الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن
صار مستوفيا لدينه ولا تلزمه مطالبة فلا يتصور الكفالة وان كان الثاني اعني الكفالة
بتسليم الاعيان المذكورة فان كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد
الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز
وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن
او برده متى قضي الدين ولعل محله اختلاف الروايتين فانه هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان
العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن
فكذلك لا يطالب الراهن الكفيل ان كان بمقدار الدين او اكثر يطالبه بالزيادة عليه من مالية كالامانة
في يد المرتهن ولا ضمان فيها وجوابا اي امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة
والشركة فلا تصح لان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم لا يجوز الكفالة بتسليمها لعدم
وجوبه كما لا يجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستعار جرى فيه الجميع اذا تمن رجل تسليمه الى المستعير

والمستعار

لانها اعيان مضمونة بعينها بمعنى انه ان كان يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمته عند الهلاك

ش

ان الكفالة ضم الذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي ان يكون المطلوب به مضمونا على الاصيل صحة

كمن استأجر دابة وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة وكذا الكفيل بالاخذ
بتسليمها ما دامت مستحقة فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل
عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف ذكر المستعار كما
ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم صحتها واظنه تابع شمس الائمة السرخسي في ذلك فانه قال
الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل هذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في الجامع ان
الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر لان شمس الائمة ممن اطلع على الجامع بل لعله قد
اطلع على رواية اقوى ممن ذكره فاختارها قوله لانه التزم فعلا واجبا دليل لما ذكره وفيه اشارة
الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلنا قوله ومن استأجر دابة للحمل عليها
ان كان استأجر دابة معينة للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا وان استأجر غير معينة
للحمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان
استأجرها معينة للحمل فكفل بالحمل لم يصح قال المصنف لانه اي الكفيل عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة
المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر
لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي
واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا للشافعي وهو قوله تسليم
ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه ايضا وكذا اذا استأجر عبدا بعينه
للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم تصح لما بينا انه عاجز عما كفل به قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول
له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف الاول وقال آخرا يجوز اذا بلغه
ما بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قيل اي نسخ الكفالة للمبسوط وفيه نبوة لان
نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وانما هي نسخ ترك الوجود في بعضها دون بعض تدل على تركه في بعض
ادركنا دونه في آخر وذكر في الايضاح وقال ابو يوسف رحمه الله في وجه الرواية التي لم تشترط
الاجازة فيها انه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالاقرار والنذر
فهو يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط بان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم
بالمخبر والنذر من العبادات لا يشترط قبوله لعدم المطالب وله في وجه رواية التوقف على الاجازة
ما ذكرنا في الفضولي في النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس
لا ضرر في هذا التوقف على احد لمنع عدم الضرر بجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن
حق الطالب كما هو مذهب العلماء في ان الكفالة اذا صحت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب
ولهما ان في عقد الكفالة معنى التمليك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب
الا بالقبول والموجود شطره قال الا في مسألة واحدة هذا استثناء من قوله لا تصح الكفالة
الا بقبول المكفول له فكأنه قال لا تصح ذلك عندهما الا في مسألة واحدة استحسانا والقياس
عدمها لما مر ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لوارثه او الاجنبي
لم يصح فكذا المريض وللاستحسان وجهان احدهما ان يقال اذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي
من الدين فكأنه قال أوفوا عني ديني وذلك وصية منه في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم
وقد تقدم ان جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ انما تصح هذه الكفالة اذا كان له
مال لان عند الموت تصح بمعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطا فلزم في
كلام المصنف تسامح لانه في معنى الوصية لا انه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف

بين

بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال
لان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما اذا دل اللفظ بظاهره
على معنى واذا نظر في معناه يؤول الى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين ان يقول انه في معنى الوصية
او وصية في الحقيقة والثاني ان يقال ان المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه اي الى التزامه
بوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته واشتغاله المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب
فصار كان الطالب حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فان قيل قيامه مقام
الطالب وحضوره ليس بمحل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا
اجاب المصنف رحمه الله بقوله وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به
التحقيق اي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظرا الى ظاهر حالته
التي هو عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت زوجت فان
ذلك بمنزلة قولها زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة
وهو المناسب للاستحسان وتمثيله بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز ان يكونا
مسلكين في هذه المسألة قال ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني
بما علي من الدين فتكفل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبي غير
مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه
سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي ولوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم
من صححه هذا من المريض على ان تجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم
ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس وعلى انه بطريق الوصية كما هو الوجه
الآخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المريض للضرورة لا
يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها قال واذا مات الرجل وعليه ديون اذا مات المديون
مفلسا ولم يكن عنه كفيل فتكفل عنه رجل بدينه للغرماء وان كان اخا لم تصح الكفالة عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا هي صحيحة وهو قول الائمة الثلاثة لهما ان الكفيل تكفل بدين صحيح ثابت
لان كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا والآخرة لا كلام في ثبوته
وبقائه في حق احكام الدنيا فهو ثابت ايضا لانه وجب لحق الطالب بالاتفاق وما وجب لا يسقط الا
بابراء من له الحق او باداء من عليه او بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله فدعوى سقوطه دعوى
مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان صح ولو برئ المفلس بالموت
عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان له كفيل او له مال فان الدين باق بالاتفاق
فدل على ان الموت لا ينافي وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل اداء الثمن
لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد كمن اشترى بفلوس
في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد لهلاك الثمن ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق
عليه في احكام الدنيا ولابي حنيفة رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة
وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة انما تكون بنفسه او بخلفه وقد انتفت بانتفائهما فانتفى الدين
ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود والفائدة الحاصلة منه والوصف
بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال لا لانه قلت لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق
متكلمي اهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للمأمور به وان قلت فقد

بقاء المال واجب اجاب المصنف بقوله لكنه اي الدين في حكم المال لانه يتحقق ذلك الفعل في الخارج
ليس الا بتمليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤول اليه في المآل
فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم
بطلان الدين في نفسه كما عن عبد محجور واقر بدين فانها تصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق
قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة بوجوب الحق عليه ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت
فلم يبق اهلا للوجوب عليه وهذا التقرير كما ترى يشير الى ان المصنف ذكر دليل ابي حنيفة بطريق المعارضة
ولو اخرجه الى سبيل المنع بان يقول لا نسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط وبذكر السند بقوله فان
الدين هو الفعل كان اجدر في وجه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه لهذه النكتة فتعين
عن اعادتها فيما هو نظيره فيما ياتي قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال لغيره علي الف
درهم وانا كفيل به صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد الدين اصلا ولان بطلان الدين
انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام عن الحاجة واذا كان باقيا في حق المستحق
حل له ان ياخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلسا لبقائه في
حق البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا
كسدت فان الملك قد بطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد قوله واذا كان به كفيل جواب
عن قولهما وكذا ينبغي اذا كان به كفيل قوله لما ذكرنا ان القدرة شرط الفعل اما بنفسه القادر
او بخلفه واذا كان به كفيل او له مال فان انتفى القادر بخلفه وهو الكفيل والمال في حق بقاء الدين
باق وهو قوله والافضاء على ما هو السماع وعليه اكثر النسخ تنزل وكأنه قال لا الكفيل والمال لانه لم
يكونا خلفين فالافضاء الى الاداء بوجودهما باق بخلاف فيما اذا عدما ويجوز ان يكون في الكلام
لف ونشر وتقديره لخلفه وهو الكفيل او لافضائه ما تفضي الى الاداء وهو المال وعلى هذا
يشترط في القدرة اما بنفسها او بخلفها وما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذ
الافضاء على وجه التعليل لقوله لخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام لخلفه باق حذفه لدلالة
المذكور عليه كما في قوله نحن بما عندنا وانت بما عندك راض والرأي مختلف ومعناه كل واحد من
الكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق فان الخلف ما به يحصل كفاية الامر الاصل عند
عدمه وها كذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من التكلف مع الخفاء فتعينه بالاولى فان قيل
ان استدل الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والمتوفى
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة انصاري ليصلي عليه فقال عليه السلام هل على صاحبكم
دين فقالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع عن الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام علي او ابو قتادة
رضي الله عنهما على اختلاف الروايتين وقال هما علي يا رسول الله فصلى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عليه ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدهما كما امتنع قبلها فما كون
جواب ابي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل ملتزم ما كفل به
والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم اولا واما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك
على ابي قتادة اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيها سواء ولا عموم لحكاية الحال مع
ان يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روي انه صلى الله عليه وسلم كان يقول لعلي رضي
الله عنه ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الان بردت عليه جلدته ولم يجبر علي
الاداء ولو كان كفالة لاجبر على ذلك والحوالة من قال بان الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه العود

ببطلان

ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم اليه وكان جاهلا متساهلا حيث لم يثبت من الشرع جعل الدين
المعدومة موجودة والصاعد قال ومن كفل الى الف فانه صاحب المال فلا يخلو اما ان قضاه على وجه الاقتضاء
بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن من ان ياخذ الطالب منك حقه فانا اقضيك قبل ان تؤدي فقبضه او على وجه
الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل
ان يرجع فيها لانه تعلق حق القابض بالمدفوع فانه باعتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل
على احتمال قضائه الدين فما لم يبطل هذا الاحتمال ليس للاصيل بنقض حق الطالب ليس له ان يسترده لانه
الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيا لئلا يكون سعيا في نقض ما تم من جهته وهو كمن عجل
الزكاة ودفعها الى الساعي فانه ليس له ان يستردها لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة بعد
الحول فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره وان كان الثاني
فليس له ان يسترده ايضا لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر
عليه لكنه لا يملكه لانه تمحض فيه امانة فان تصرف الكفيل فيه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له
لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين انما يحصل من الكفيل او من
الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له فيملكه من حين قبض كمن قبض الدين المؤجل
معجلا وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل دينا
للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تاخير مطالبته
عن المكفول عنه الى الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة
ما لو اخذ رهنا بدين مؤجل ولو ابرأ الكفيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه منه يجوز حتى
لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع ظاهرا والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم
من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب
للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة بمنزلة الدين المؤجل
ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل الاداء صح وكذا اذا اخذ رهنا او وهبه
منه والى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل مطالبة المكفول عنه بمنزلة الدين للكفيل والمعنى ان
الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه
من التمحل ما ترى من تنزيل حق المطالبة منزلة الدين المؤجل وعلله بما تقتضي من المطالبة مع
ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فان له المطالبة ولا يملك ما يقبض ولعل الصواب
ان يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه ولا
على الكفيل وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة
الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب
فلا بيان في ذلك فلا يكون الواجب عند الكفالة شيئان والاخرى مطالبتان دين ومطالبة
حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين
ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متاخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل حالا ولهذا
لو ابرأه قبل الاداء صح لما تقدم فان قيل فما معنى قوله بمنزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه
تنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل يكون بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه يملكه فكذا هنا هذا ما سنح
لي والله اعلم بالصواب الا ان فيه اعني في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد اداه الاصيل
الدين نوع خبث على مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى في مسئلة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل فيما لا يتعين

وقد قررناه في البيوع في آخر فصل احكام البيع الفاسد واما اذا قضاه الكفيل لا يطيب فيه امثاله في قول ابي حنيفة
واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ربح حصل من ملك خبيث
وفي قول ابي يوسف رحمه الله يطيب له لان الخراج بالضمان واصله المودع اذا تصرف في الوديعة وربح فانه
على الاختلاف قال ولو كانت الكفالة بكر حنطة ما مر كان حكم الربح فيما لا يتعين اما اذا كانت الكفالة
فيما يتعين كبكر من حنطة وقبضها الكفيل من الاصيل قبل ان يؤدي الى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح
له في القضاء بلا تنازع لانه ملكه قال ابو حنيفة واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في
ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح له لا يتصدق
به ولا يرده على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له
ويتصدق به ووجه رواية كتاب البيوع وهو قولهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه
يطيب له الربح ووجه رواية الكفالة انه تمكن الخبث مع الملك لا لحق الحجة اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد
على تقدير ان يقضي الكر بنفسه وان كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين ان يتقرر وان لا يتقرر
ومثل ذلك قاصر ولو عدم الملك اصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث والاولى انه
رضي به ان يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار رضاه فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به
فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث اي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع الى اول الكلام وتقريره
تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث يعمل فيه الا انما يتعين
وهو راجع الى اول الكلام وتقريره يمكن الخبث مع الملك وكل خبث يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث
يعمل في هذا الكر فيما يتعين ولكن شبهة التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحق اي
لحق الذي قضاه فاذا رده اليه وصل الحق الى مستحقه وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر
فاذا رده عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه ان يطيب له
لا يجبر رده عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه ان يطيب له
لانه انما رده عليه باعتبار انه حقه كذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة فكلما تقدم من
الاختلاف فيما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف يطيب قال ومن كفل عن رجل
بالف اذا امره الاصيل الكفيل ان يتعامل انسانا بطريق العينة وفسره المصنف بان يستقرض من تاجر فيأبى
عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في الزيادة ليبيعه المستقرض في السوق بعشرة
ويتحمل خمسة فيفعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذي ربحه البائع عليه لا على الاصيل وسمي هذا البيع
عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن الاقراض المندوب والحامل
تحصيله طلب الربح في التجارات ذكره وما كان المراد بكراهة ... لان الضمان والكفالة انما تصح
بما هو مضمون على الاصيل والخسران للشريعة مضمون على احد فلا يصح ضمانه كمن قال لآخر بع متاعك في هذا
السوق على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا ضامن به لانه ... صحيح واما وكالة اي سئل الكفيل الى قوله
تعامل يعني اشتر الحرير لحبيته ثم بعه في السوق فاقبض ثمنه واقض ديني فقضاؤها باطل لان الحرير غير متعين اي
غير معلوم القدر وكذا الثمن وكذا الكفيل ان يقبل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره فكيف يكون الثمن الحرير
اكتساب لقوله تكفالة بما زاد على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صور العينة صورة اخرى وهو ان
يدخل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشر
من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض

بعشرة

٤٠٣

بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسط بالثالث احترازا عن
شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا
وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر
عليكم عدوكم وقيل اياكم والعينة فانها لعينة قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه رجل كفل
عن رجل بما ذاب عليه اي ما قضي له عليه فغاب المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه
هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به اما ما المقضي به على الاصيل لان الكفالة
ما قضي بصراحة عبارته وكلاهما ما ذاب باستلزامه ذلك فان معنى ذاب تقرر والتقرر انما هو
بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما ما يقضى به يجعل لفظ الماضي خلاف
الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لا طلاقها وتقييد المكفول به حتى قيل ان
ادعى على الكفيل ان في بلد كذا انه قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام
على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسألة الى ان
المكفول به مال مقضي اي يقضي به بعد الكفالة والمدعي يدعي على الغائب مطلقا ان يكون قبل عقد الكفالة ودونه
فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بدون
ذلك صحيح لان المكفول له اما ما المقضي او ما يقضي به مع غيبة الاصيل لانه يتضمن لكونه
قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ومن اقام البينة ان له على فلان الغائب
الف درهم وانه كفل عنه بامره قضي به على الحاضر والغائب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امره قضى به على
خاصة وههنا يحتاج الى ثلاثة فروق ذكر المصنف منها اثنين احدهما ان البينة قبلت ههنا دون
ما تقدم لان المكفول به ههنا دون ما تقدم ... ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه
مقضيا به او يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى
صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر من الفرق بينهما ان هناك لو قال المدعي قد كفلت لك بما ذاب لك عليه
او بما قضي لك عليه ولكن لم يشر الى كفالته شيء لم تلتفت اليه والآخر الفرق بين الكفالة بامره وبينها
بغير امره مع ان القضاء على الغائب لا يجوز وكان الواجب عدم التفرقة في انه لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل
بان يكون بامره وبغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة
انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء وكلما كان كذلك فهما متغايران لا محالة فاذا ثبت ذلك فبدعواه احد
لا تقضي له بالآخر لان الحاكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي الا ترى انه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز
له القضاء بالهبة وان كانا متحدين في حكمهما واصلهما وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر وقضي بالكفالة بالامر
ببينة تثبت امرين صحة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فصار مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد
ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير امره فانها لا تمس جانب الغائب اذ لا يثبت بها سوى
المال على الكفيل وحده بخلاف الاصيل لانه ليس له سبب في صحة الكفالة بغير امره لعدمه قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو
قال الغائب لفلان عليه الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين
عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسألة وبين ما اذا اقام فيما اذا ادعى على رجل انه
كفل له عن فلان بكل ماله قبله ولم يفسره فاقام على ذلك بينة وان له على الغائب الف درهم كان له قبل الكفالة
فانه يقضي بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامره او بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب
اذا لم يكن ابدا ثمة ما يدعي على الحاضر الا باثبات ما يدعي على الغائب الف درهم كان له قبل الكفالة فانه يقضي بها على
الكفيل والاصيل والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعرف بذاته

قوله المستقبل ... كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي ... صح

وإذا كانت بمجهول لا يصح ما لم يكن على الأصيل لأن المجهول يحتاج إلى التعريف والتعريف إنما يحصل بما كان على الأصيل لأن المجهول يحتاج فيصير كأنه قال إن كان لك على فلان مال فأنا كفيل فأثبته المدعي وسيأتي تمام ذلك قوله وفي الكفالة بأمره يحتمل أن يكون فرقا بين ما إذا أقام البينة على الكفالة بأمره وبين ما إذا أقام البينة على الكفالة وبين ما إذا أقام عليها بغير فإن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبت الكفالة بغير زعم أن الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره قلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه كما إذا اشترى شيئا وأقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان وادعى واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالثمن على البائع بالثمن لأن الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد فيمن اشترى عبدا فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعدما أنكر العيب به ثم أراد أن يرده على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع أن القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه وأجيب بأنه إنما لم يكن له أن يرده على بائعه لأن قوله لا عيب به ينفي العيب في الحال والماضي والقاضي إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول لأن قيام العيب عند البائع الأول ليس بشرط الرد على الثاني فافترقا **قال** ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على ما مر والمراد ضمان رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم أي تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لأن الكفالة إما أن تكون مشروطة في البيع أو لا فإن كان الأول فهو شرط ملائم للعقد إذ الدرك يثبت بلا اشتراط الكفالة والشرط يزيده وكادة فتمام البيع إنما يكون بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسائل هذا الفن لا يقبل التشكيك بالإقالة ونحوها فإنها صحيحة وإن كان طلبا في نقض ما تم من جهة الطالب على أن المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والإقالة ليست كذلك وإن كان الثاني فالمراد بالكفالة أحكام البيع وترغيب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فيكون بمنزلة التسليم فكأنه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فإنها ملك البائع فإن أدركك درك فأنا ضامن وذلك إقرار بملك البائع ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك لأنها تبطل الإقرار لأنه تنزل منزلة الإقرار لأنه تناقض المعنى **قال** ولو شهد وختم ولو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكر شمس الأئمة الحلواني في ختم الصك لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فإن الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا فإنه إذا ادعى لنفسه تسمع دعواه ويقبل منها دينه لغيره أيضا لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملاءمة ولا هي إقرار بالملك لأن البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره فالشهادة على أنه باع لا تكون إقرارا بأنه باع ملكه ولعله إنما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فإنه إقرار بالملك كما تقدم قال مشايخنا ما ذكر أن الشهادة على البيع لا تكون تسليما محمول على ما إذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان شهد على ذلك وكتب شهد فلان بالبيع أو جرى البيع بشهادتي وأما إذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل أن يكون باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فإنه تسليم فلا تصح دعواه إلا أن يشهد على إقرار المتعاقدين فإنه ليس بتسليم وإن كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ

فصل في الضمان

ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان من مسائل الجامع الصغير ووردت بلفظ الضمان فصلها عن الكفالة تحرزا في اللفظ واعلم أن كل من يرجع إليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به فمن وكل رجلا ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب إذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال الثمن لأن الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة إلى الوكيل والمضارب لأن حق القبض للوكيل بجهة الأصالة في البيع بناء على ما هو الأصل أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل حتى لو حلف للمشتري ما للموكل عليه شيء كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حانثا وكذا المضارب وإذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فإنه أمر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولأن المال أمانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين فيما فرضناه أمينا لم يكن كذلك أمينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا للحكم الشرعي وليس للعبد ذلك لنزعه إلى الشركة في الربوبية وقد قررنا بطلانه وذكر في التقرير تقريرا تاما فرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فإنهما لا يضمنان الوديعة والعارية للمودع والمعير بعد ذلك ولقائل أن يقول الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال أمانة بأيديهما إذا لم يضمنا فأما إذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للأمانة إلى الضمان وتحويل حكم شرعي إلى حكم شرعي نصا كما إذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة والجواب أن رفع الأمانة إنما يكون ببطلان الوكالة لئلا يتخلف عن علته وبطلانها حينئذ إنما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لأنه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن يصح على وجه يبطل به أصله بخلاف مسألة البيع فإن الثاني لا يشترط فيه الأول وكذلك إذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لأنه لو صح فإن كان بحصته من الثمن شائعا صار كفيلا لنفسه وقد تقدم فساده وإن صح بنصيبه أدى إلى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لأن القسمة إفراز وذلك لا يتحقق إلا بوصف عين وكل منهما في الذمة من الدين غير متصور وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليله لأن ما يستحق بنصيب أحدهما فللآخر فيه ولاية المشاركة ولو صح الضمان فيما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع وتصير له ما أدى إلى ~~الباقي فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فإذا رجع بطل حكم الأداء فيه مقدار ما وقع فيه الرجوع ونصير~~ لأنه ما أدى إلا الباقي فكان له أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء فهذا معنى قولهم كان في تجويز هذا الضمان ابتداء إبطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان إما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا **وقوله** ولا وجه إلى الثاني لما فيه من قسمة الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة لكذا إذا ضمن أحدهما نصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لأن قوله فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع إنما يصح أن لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدى وهو ممنوع بل هو من حيث أنه استحق الشريك عليه ولم يبق له حق حتى يبقى بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه **وقوله** لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا يجاب عنه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران النصف شائع في كل جزء من أجزاء الثمن واعتبار النصف مفرزا في بعض أفراد لا تعلق له في الباقي من الأفراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فيم ذلك نقض في العقل **وقوله** لا معنى لهذا أيضا لا يعقل وبالإجماع إلى آخره يجاب عنه بأنا لا نسلم أنه يلزم القسمة فيه لأن ما اشترى أحدهما بنصيبه

وقع على الشركة ولهذا كان للآخر ان يخالفه اذا باعا صفقتين بان سمى كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم قبض احدهما
الآخر بحصته فان الضمان صحيح بقوله الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويرد الآخر وله
ان يقبض نصيب احدهما اذا نقد ثمن حصته وان كان قبل القبض ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك قال
ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة جائز اما
الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج قيل والمراد به ما توظف الامام
في كل سنة على مالك الارض نصيبا براه دون المقاسمة وهي التي يقسم الامام مما يخرج من الارض لانه ليس في معنى
الدين لعدم وجوبه في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح ما يعرف به بين الخراج والزكاة وذكر المصنف
رحمه الله فرقا آخر بقوله وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل اذ الواجب فيها تمليك المال من غيره بكونه
بدلا عن شيء والمال آلة ولهذا لا يؤدى بعد موته الا بالوصية واما النوائب فقد يراد بها ما يكون
بحق وقد يراد بها ما ليس بحق فالاول ككري الانهار المشتركة واجر الحارس للمحلة وما وظف الامام
لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فداء اسرى المسلمين ولم يكن في
بيت المال مال فوظف ما على الناس لذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب ادائه على كل مسلم
اوجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما فيه مصلحة المسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذه
الظلمة في زماننا ظلما كالتحكم ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت
لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء عليه شرعا ههنا وقال بعضهم يصح وممن يميل اليه الامام
البزدوي يعني فخر الاسلام رحمه الله لا صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام
واما النوائب فهي ما لحقها من جهة السلطان من حق وباطل او غير ذلك مما ينوبه بصحة الكفالة بها لانها
ديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من
قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان ماجورا وان كان اصله من جهة الذي
يأخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا
بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الائمة هذا اذا امره به لا عن اكراه واما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره
في الرجوع واما قوله وقسمته فقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر
والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد تجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبئهم
ان الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه ابو جعفر الهندواني يقول معناها ان احد الشريكين
اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك
لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناها اذا قسما ثم منع احد الشريكين الحق قسم صاحبه فكذلك الرواية
على هذا بالضمير بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هي النوائب بعينها وقد
ذكر تفسير النوائب بمعنى وغيره وعلى هذا اذ ذكر بالواو للبيان كمن باب العطف التفسيري كحسنة منزلي
من النوائب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كري النهر المشترك فاصاب واحدا شيء من ذلك
فيجب اداؤه فضمن متكفل برجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي ان يذكر الرواية على هذا التقدير
وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل
وميكال فاشار المصنف رحمه الله الى ان الرواية على تقدير ان تكون القسمة حصة من النوائب لان القسمة اذا
كانت حصة منها فهي كالجزء واما اذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو ولما مر وقيل هي النائبة الموظفة
الراتبة والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب قيل وممن مال الى هذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه
يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بلا تفاوت واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق قال ومن اقر انه كفل عن آخر بمائة

الى شهر

الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال
المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروي عن ابي يوسف ابراهيم بن يوسف ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي
القول فيهما للمقر لان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد النوعين والقول قوله اعتبارا
بالكفالة واجيب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سيأتي ولابي يوسف انهما اتفقا على وجوب
المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بحجة اعتبارا بالاقرار بالدين واجيب بما اجيب به
الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل فكان ثمة
اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان للمنكر وفي
الكفالة ما اقر بالدين لانه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوقع الفرق
بينهما ولقائل ان يقول هذا انه لا دين عليه فتعريته الكفيل انه اقر بالمطالبة فللخصم ان يقول اقر
بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تأخيرها الى الاجل عند دعواه فهو معارض بان يقول الكفالة لما
كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعوى الكفيل لانه اذا اثبت بطلبها الكفالة وفيه من
التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اقتناعا بما جد لنا لدفع الخصم في المجلس وذكر
الثاني لمن له زيادة استبصار في الفقه وتفصيله على ما ذكروا ان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها
في الحال او في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا منافاة بين قوله ولان الاجل في الديون
عارض هو الفرق الثاني ومبناه على ان ما لا يثبت الا بالشرط كان من عوارضه وما ثبت بدونه
كان ذاتيا وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يكن ذلك فكان عارضا والاجل في الديون
كذلك لانه بمثابة اثمان البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة
ليس كذلك لانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة
متنوعا اليه كالاطلاق المتنوع لبعض الحيوان وهذا اقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في اخراج ...
واذا كان الاجل في الديون عارضا لا يثبت الا بالشرط كان القول قول من انكر مع اليمين كما في شرط الخيار واذا
كان في الكفالة ذاتيا كان اقرارا بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن والشافعي
يلحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه يلحق الاول بالثاني والحق هو المشهور من مذهبهما
فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعل
الحق قال ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري
الكفيل بالثمن حتى يقضي له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوت ...
ان يأخذ الكفيل بالثمن لان ... بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق
للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا
فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على
الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يوسف في الامالي
ان له ان يأخذ الكفيل قبل ان يقضي على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري
مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالجارية فيمتنع القضاء بالثمن
حق الرجوع فما الفرق بينها وبين الاستحقاق اجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية
لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيله ان شاء وموضعه
اوائل الزيادات في ترتيب الاصل ... ترتيب محمد فانه افتتحها بالزيادة
بباب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به ابو يوسف فان محمدا اخذ ما املى

ابو يوسف بابا بابا وجعله اصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل
الكتاب من تصنيف ابي يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات
وكان ابتداء املاء ابي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركا به ثم رتبها
الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان
باطل ذكر ههنا ثلاث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يعلله والثانية ضمان
الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان
هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي هو عند
البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به
وقد تقع على العقد لانها ماخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد
لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى
خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه والكل له وجه
يجوز الحمل عليه فصار مبهما تعذر العمل به واما ضمان الدرك فان العرف في ضمان الاستحقاق صار
متعينا له فوجب العمل به واما الثالث فابو حنيفة رحمه الله قال هو عبارة عن تخليص المبيع
وتسليمه لا محالة اي على كل حال لا تعذر وهو التزام بما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه
بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وفيه ان
الدرك صحيح واحتج بان فراغ الذمة اصل فلا تشتغل بالشك والاحتمال وذكر ابو زيد في شروطه
ان ابا حنيفة وابا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان
خلاصه او رد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم
اليه رد الثمن فهو جائز فكل وعلى هذا في كلام المصنف نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم
المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو المدفوع بان المراد به الثمن مجازا لشهرة الثمن معذرة وبلاغة
التركيب لاستعمال المجاز فيما لا يلتبس وعلى هذا ما يدل على كلام المصنف رحمه الله وذكر
الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي
يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة ايضا ثابت وذكر في الذخيرة
الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكرها هنا اي في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر
بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة رحمه الله ان ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما
ذكر المصنف فكانه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف والله اعلم

باب كفالة الرجلين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعا فاخره وضعا
لتناسب الوضع الطبع قال واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشترى
الرجلان عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما
لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدي على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف
اصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل ما كان في النصف اصيلا وفي النصف كفيلا فما ادى الى تمام

النصف

النصف كان عما عليه بحق الاصالة صرفا الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة دراهم بعشرة
دراهم فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود عن الصرف لان الواجب به اقوى لحاجته الى القبض في المجلس
وما عليه بحق الاصالة اقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهي تابعة للدين
لا يشاركها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصور فلا تعارضه ان لم يكن عليه شيء
بحق الاصالة حتى تنتفي المعارضة لانتفاء احد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون احد
رجحا لانتفائه قوله ولانه ولنا آخر على ذلك اورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو
الرجوع على صاحبه مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو
وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور فلم
يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداء نائبه كادائه بيان الملازمة وتقريره
ان صاحب المؤدي يقول له انت اديته عني بامري فيكون ذلك كادائي ولو اديت بنفسي كان
لي ان اجعل المؤدى عنك فان رجعت علي وانا كفيل عنك فانا اجعله عنك فارجع عليك
لان ذلك الذي اديته عني فهو ادائي في التقدير ولو اديت حقيقة رجعت عليك
فهي تقديرا ادائي كذلك والشريك الاخر يقول له مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن في الرجوع
فائدة فجعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف ليقطع الدور بخلاف الزيادة على
النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم
الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل
عن صاحبه بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة
عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل واخرى
على الكفيل صح الكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل واخرى
على الكفيل فتصح الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة على الكفيل فتصح الكفالة
عن الكفيل كما تصح حوالة المحتال عليه ما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح
وكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى او كثيرا لان ما اداه احدهما وقع شائعا
عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة في النصف راجحة
فلا توجد صورة المعارضة بينهما وبين الكفالة واذا وقع شائعا رجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى
الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف
ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلزمه جميع المال بحكم الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم واما قال في
الصحيح لتناسب الفروع المبنية على الكفالة فانه قال ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما
بنفسه والآخر بنائبه ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما
وقال وان شاء رجع من ادى منهما شيئا رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع
المال بامره ولو كان احدهما اخذ الاخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فيبقى
المال كله على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما تقدم قوله ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل
ولهذا تاخذه به وهو ظاهر قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاءوا بالجميع
لانها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للغرماء ان يطالبوا ايهما شاءوا بالجميع
الدين لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق ولا تبطل بالافتراق فاذا طالبوا احدهما واخذ
الدين منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدي الاكثر من النصف لما مر في الوجهين في كفالة الرجلين

قال وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة بأن قال المولى كاتبتكما على ألف إلى كذا وكل واحد منهما كفيل عن
صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس خلافه لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة
وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا أما بطلان كفالة المكاتب
فلأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه وأما بالكفالة ببدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضي
دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان أن نجعل كل واحد منهما كفيلا
بالبعض عن صاحبه كما سنذكر في المكاتب وهذا إنما يستقيم إذا كانت الكتابة واحدة وهذا قيد
بها وأما إذا اختلفت الكتابتان فإن عتق كل واحد منهما تعلق بأداء على حدة فيتعذر تصحيحها بهذا
الطريق وإذا عرف هذا عرف استواؤهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة أعني الكتابة فكان المال بدل
مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فما أداه أحدهما بنصفه على
صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشيء انتفى المساواة ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى
أحدهما صح العتق لمصادفته ملكه وبرئ المعتق عن النصف لأنه ما رضي بالمال إلا
ليكون وسيلة إلى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لأن المال في
الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا
لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى غير موضعها وإذا أعتق استغنى عنه وانتفى الضرورة
فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا تنصف وعورض بأنه لو كان مقابلا بكلهما كان على كل واحد منهما
بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر وأجيب بأن
الرجوع بنصف ما أدى كان للتحرز عن تفريق الصفقة على المولى لأن المؤدى لو وقع عن المؤدي
على الخصوص برئ بأدائه عن نصيبه وعتق لأن المكاتب إذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى
شرط عليهما أن يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان في العتق إضرار بالمولى بتفريق الصفقة فأوقعنا
المؤدى عنهما جميعا وإذا بقي النصف على الآخر فللمولى أن يأخذ به أيهما شاء أما المعتق فبالكفالة وأما
صاحبه فبالأصالة فإن قيل أخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة وأجيب
بأن كل واحد منهما كان كفيلا بجميع الألف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لأن البقاء يكون
على الثبوت فإن أخذ الذي أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لأنه قام عنه بأمره وإن أخذ صاحبه لم
يرجع عليه بشيء لأنه أدى عن نفسه

باب كفالة العبد والكفالة عنه

أخر هذا الباب لتأخر العبد عن الحر إما لشرفه وإما لأن الأصل في بني آدم هو الحرية ووضع تبويبه
يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث ولكن المعتبر كون الواو لجمع المطلق وفيه ما فيه قال ومن ضمن عن عبد
مالا لا يجب عليه صفة لمالا احترازا عن المطلقة قوله فهو حال وعلى عبارة محمد في الجامع الصغير
وهي قوله محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق
فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غيره حال الجميع أحسن من عبارته في الكتاب لأن عبارة محمد يحتاج إلى تأويل فإن
العبد إذا استهلك المال عيانا يؤاخذ به في الحال قال فخر الإسلام مراده إذا أقر باستهلاك وكذبه
المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ إذا أودع مالا فاستهلكه فإنه لا يؤاخذ بالمال
في الحال إلا عينا فيكون قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن

عن عبد

عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فلا يحتاج إلى التأويل لما إذا أقر العبد بالاستهلاك
وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى أو أودعه إنسان
فاستهلكه فإنه لا يؤاخذ بذلك كله في الحال أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلأنه كفل بمال مضمون على الأصيل
مقدور التسليم للكفيل فيصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة الملي والمفلس وأما كونها حالا فلأن
المال حال على العبد فالكفيل عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة
وهو العسرة إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق
الكفيل لأنه غير معسر فيجب العمل بالمقتضي وصار كالكفالة عن غائب فإنه يؤخذ الكفيل حالا وإن عجز الطالب
عن مطالبة الأصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فإنها تصح ويؤخذ الكفيل في الحال وإن
كان في حق الأصيل متأخرا إلى الميسرة فإن قيل إذا لم يؤخذ من العبد إلا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة
دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضا إلا بعد الأجل أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر
يعني أن الدين ثمة تأخر عن الأصيل بمؤخر أي بأمر يوجب التأخر وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة
بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فيلزمه مؤجلا ثم إذا أدى الكفيل رجع على العبد بعد العتق
لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا
الكفالة بالنفس لا يتفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حرا أو عبدا فإن بموته يبرأ الكفيل لبراءة
الأصيل كما لو كان حرا وذكر هذه تمهيدا للتي بعدها والفرق بينهما فإن ادعى رقبة العبد على ذي اليد
فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لأن على المولى
رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة عند العجز عن ردها وإذا أوجب ضمان القيمة على الأصيل وجب على
الكفيل لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل وكذا انتقل الضمان في حق الأصيل إلى القيمة فكذا في حق الكفيل
بخلاف الأول أي الضمان لأن محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا
عن كفيله وإنما قيد بإقامة البينة احترازا عما إذا ثبت الملك له بإقرار ذي اليد أو بنكوله عن اليمين
حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لأن الإقرار حجة قاصرة إلا إذا أقر
الكفيل بما أقر به الأصيل قال وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فالحال لا يخلو إما أن يكون عليه دين
مستغرق أو لا فإن كان الأول لم تصح كفالته لحق الغرماء وإن كان بإذن المولى وإن كان الثاني صحت
إذا كانت بأمره لأن ماليته لمولاه فله أن يشغلها بالدين بالرهن والإقرار بالدين وإذا كفل المولى
عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس أو بالمال مديونا كان العبد أو غير مديون فإذا صحت الكفالة
وأدى ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال
زفر رحمه الله يرجع لأن الموجب للرجوع وهو الكفالة بالأمر تحقق والمانع وهو الرق قد زال ولنا أن
هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لأن العبد لا يستوجب على مولاه دينا إذا لم يكن عليه
دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده دينا والكفالة إذا انعقدت غير موجبة للرد
لا ينقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجاز فإن الكفيل بعد الإجازة لا يرجع على
الأصيل بشيء لذلك ونوقض بأن الراهن إذا أعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين
فإنه يرجع به على المولى مع أن العبد هنا لا يستوجب دينا على مولاه وأجيب بأنه مغالطة فإن كلامنا
في أن العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت الحر يستوجب دينا لأن استيجاب الدين عليه إنما
هو بعد العتق لكونه مضطرا في قضائه بعد العتق فلا يكون متبرعا فيه ولا يجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة لكفل بها

به حرا عبده وأما إذا كان لاعمال الكتابة دون بدل الكتابة ليثبتا ولا البدل وكل دين يكون للمولى على عبده أيضا غير بدل
الكتابة ليثبتا ولا البدل وكل دين يكون للمولى عليه ليثبتا غير بدل الكتابة أما في بدل الكتابة فلأنه
دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس أن لا يصح
إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى
فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافي كان دينا غير مستقر أي ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر
في حق صحة الكفالة لاختصاصها بما هو مستقر لأنها لتوثيق المطالبة وإذا كان دينا غير مستقر أجازه أن يسقط
بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد يكون هزوا ولعبا قوله ولأنه دليل آخر على عدم استقراره
فإنه إذا عجز نفسه سقط الدين المستقر هو الدين الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء وقوله ولا يمكن إثباته دليل
آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة وتقريره أن الكفالة به إن صحت فلا يخلو إما أن
يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الأصيل وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز
الأصيل نفسه بردّه رقيقا لمولاه كما كان والكفيل لا يتصور فيه ذلك وأما الثاني فلأن شرط الضم الذي هو الكفالة
لأن من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة لتحقق معنى الضم ونفيا للزيادة على الملتزم ألا ترى
أن الدين لو كان على الأصيل مؤجلا كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان حالا أو زيوفا
على الأصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو لزمنا مطلقا لزم إلزام الزيادة على ما
التزم وهو غير جائز وأما في غير بدل الكتابة فلأنه إذا عجز نفسه سقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها
لأنه به على إذ لو كان لم يستوجب المولى عليه شيئا وبدل السعاية مثل الكتابة في عدم جواز الكفالة
به للمولى على قول أبي حنيفة رحمه الله لكونه دينا غير مستقر لثبوته مع المنافي لما أن أحكام المستسعى
أحكام المكاتب عنده من عدم قبول الشهادة وترجح المراتين وتنصيف الحدود وغيرها وعلى قولهما يصح
لأن بدل الكتابة لم يكن مستقرا لسقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحر المديون

كتاب

باب الحوالة

ناسب الكفالة من حيث إن فيهما التزاما لما على الأصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة
كل واحد منهما للأخرى إذا اشترط موجب أحدهما للأخرى عند ذكر الأخرى لكنه أخر الحوالة لأنها
تتضمن براءة الأصيل والبراءة تعقب الكفالة فكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هو النقل وحروفها
كيف ما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة
الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به وأما شرطها فسنذكره في أثناء الكلام وكذا
حكمها وأنواعها قال الحوالة جائزة بالديون دون الأعيان أما الجواز فيدل عليه النقل والعقل
أما الأول فما روى أبو داود في السنن وقال ثنا القعنبي عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج
عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي
فليتبع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث بإسناده إلى أبي هريرة حديث حسن صحيح
معناه إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل أمر بالاتباع ولا اتباع بسبب ليس بمشروع ولا يكون مأمورا به
من الشارع فدل على جوازها وأما الثاني فلأنه قادر على إيفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز
كالكفالة وأما اختصاصها بالديون فلأنها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في العين وتعرف

الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي إنما يتصور في محل شرعي وهو الدين لأنه وصف شرعي في الذمة يظهر
أثره عند المطالبة فإنه يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه فيتحقق فيه النقل الحسي وليس ذلك إلا بما نحن
فيه قال وتصح برضى المحيل والمحتال والمحال عليه شرط صحة الحوالة رضى المحتال لأن الدين حقه
وهو الذي ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لأهل العلم وأما
رضى المحال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي إن كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك
وأحمد لأنه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فإنه لا يشترط رضاه ولأن الحق للمحيل عليه
وله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء وأما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط
رضاه بالإجماع وقلنا إنه التزام الدين فلا لزوم بدون الالتزام أما أنه لا يقال الزم الحاكم بالبينة على
المنكر إلزام بدون التزام لأن الحكم إظهار للالتزام أو لا إلزام وأما رضى المحيل فقد شرطه القدوري في
بعض الروايات لأن ذوي المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات
أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر
به بل فيه نفعه لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره مثل وعلى هذا يكون فائدة اشتراط الرجوع
عليه إذا كان بأمره وقيل المحل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر ما يقبل
الحوالة فإنها حينئذ تكون إسقاطا لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا يصح إلا برضاه والظاهر أن الحوالة
قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد تكون من المحال عليه والأول إحالة عليه والأول إحالة وهي
فعل اختياري لا يتصور بدون الإرادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال يتم
بدون إرادة المحيل بإرادة المحال عليه ورضاه وهو رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا
كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة بناء على أن الحوالة إيفاء لحق من حيث إنه من غير تعيين عليه
بعض الجهات أو عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب إليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس على
ما ينبغي قال وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول إذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها
براءة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله إذا تمت الحوالة والمراد به رضى من رضاه شرط فيها
على ما تقدم وقوله من الدين احتراز عما قال زفر هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فإن منهم من ذهب
إلى أنها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب إلى أنها توجب براءة عن المطالبة
ومنشأ ذلك ذكر محمد رحمه الله تعالى أحكاما تدل على القولين فمما يدل على الأول ما قال إن المحتال إذا
وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته وإبراؤه ولو بقي الدين في ذمته
وجب أن تصح ولو أبرأ المحال عليه أو وهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين وكذا الكفيل
ولو انتقل أصل الدين إلى المحال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة والأصيل
في الكفالة فإن الإبراء حينئذ يكون تمليكا الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها أن
المحيل إذا نقد مال المحتال يجبر المحتال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة لكان المحيل متبرعا في نقد المال
كالأجنبي والأجنبي إذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال على قبوله قالوا والأول هو الصحيح لأن التصرف
في تحويل الدين يجب تحويله وقيل الأول قول أبي يوسف والثاني قول محمد والفائدة تظهر في الرهن
إذا كان المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف يسترده كما لو أبرأه عن الدين وعند محمد لا
يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن وفيما إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف
لا يصح لبراءته بالحوالة وعند محمد يصح لبقاء الدين في ذمته إذ المتحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكر
المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها لأن انتقال الدين

وأما العين إذا كان في محل محسوس فلا يمكن أن يعتبر شاغلا لمحل ليس هو فيه لأن الحسي بخلافه فلا يتحقق

إلى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه وما قيل على الثاني أن المحتال إذا أبرأ المحال عليه يصح ولا يرتد بالرد كالإبراء صح

بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممنوع فاكتفي بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامه اياه
وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا
في الحوالة وقال ابن ابي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمهما الله الكفالة كالحوالة لما ذكرنا في الحوالة تبرأ
فكذا في الكفالة ودخل بينهما واحد وهو ان الحكم مضاف الى ما ذكر من المشترك بدا الى الفارق وهو
اختصاص كل واحد منهما بمفهوم اخر لغة فان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغراس واذا حصل
نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم وهو يقتضي بقاء ما تضم اليه والاصل
موافقة الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية واعترض بالحوالة بغير امر المحيل فان الحوالة صحيحة
كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل فهو نقض اجمالي والجواب انا لا نسلم ان لا نقل فيها فانه بعد اداء الدين
ظاهر لتحقق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء قوله والتوثق باختيار الاملى جواب لزفر وتقريره سلمنا ان
كل واحد منهما عقد توثق لكن براءة المحيل لا تنافيه لان التوثق يتحقق معها باختيار الاملى
اي الاقدر على الايفاء لبسوطة سعة ذات اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا
مماطلة وهو في الحقيقة تنزل في الجواب بالقول بالموجب وقوله وانما يجبر على القبول جواب عن نقض
يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقريره لو صح ذلك لما اشتغل الدين
من المحيل فصار اجنبيا منه فاذا نقده كان الواجب ان لا يجبر المحتال على القبول اي لا يجبر بمنزلة
القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقود لكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبي وباداء
المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقرير الجواب لا نسلم ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون
متبرعا ان لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو محتمل فلا يكون متبرعا قال ولا يرجع المحتال على المحيل
الا ان يتوى حقه هذا عطف على قوله برئ المحيل اي اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتال
على المحيل بشيء الا ان يتوى حقه على ما ياتي من معنى التوى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى
لان براءة المحيل حصلت مطلقة اي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن
ثمة ما يدل على التقييد وكلما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء وتايد بما روي ان المسيب
ابن لهيك لعلي رضي الله عنه دين فاحاله به على اخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا
فقال لا بعدك الله فاتبعه بمجرد احتياله ولم يجز له الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لفظا وانا ممنوع
ذلك وهو مسلم لكن لا يفيدكم لجواز ان يكون مقيدة بدلالة الحال او العرف والعادة فنقول انها حصلت
مقيدة بسلامة حقه له فانه كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل
الى استيفاء الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف في الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى
الايفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد لكونها هو المطلوب في ذا فكان
الشرط عادة والحق الحاجة الى المحل الاول لعضا روصف السلامة فصار المحال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى
شيئا وهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما ان وصف السلامة
مستحق للمشتري وهذا يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله
او تنفسخ الحوالة لفوات ما هو المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة
انفسخت وكلما هو قابل له اذا فات المقصود منه تنفسخ كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا واختار
رده فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما مر واشارة الى عبارة اخرى منهم
وهو يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمصنف رحمه الله جمع بين طريقي المشايخ
رحمهم الله واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين وكونهما ذهبا

اليه بما روي عن عثمان رضي الله عنه انه قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما
كان ولا توى على مال امرئ مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع وعورض بان المحتال وقت
الحوالة مخير بين ان يقبل الحوالة فيحتمل حقه الى ذمة المحال عليه وبين ان ياباها ابقاء لحقه في
ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين عليه ولا يعود الى الاخر بشيء كالمولى
اذا اعتق عبده المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توي عليهم ذلك لم يرجعوا على
المولى بشيء والجواب ان قولهم اذا اختار احدهما تعين عليه اما ان يريد به شيئين احدهما اصل والاخر
خلف عنه او كل واحد منهما اصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه وقياسه عليه فاسد وان
كان الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له
الرجوع الى الاصل كاختيار الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاضافة اتوى الحق اليه وضعف تعقبه
ثبوته فاسد في الوضع قال والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين توى المال اذا بلغ
وهو عند ابي حنيفة يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينة
للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته واما ان يموت مفلسا لان العجز عن
الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما اما في الاول فلما ذكرنا واما في
الثاني فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فيسقط عن المحال عليه ويثبت للمحال الرجوع على المحيل
لان المحيل كانت براءته تعلق باستيفاء لا ببراءة اسقاط فلما تعذر استيفاؤه وجب الرجوع وقالا
هذان وجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على
ان الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما فان التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد
حصل هاهنا لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه وكالعجز عن ذلك بحجوده يوم
ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غاد ورائح وقد تقدم معناه في الكفالة فلم يكن كالموت
ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط والشامل ان
القول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة قيل الافلاس الرجل اذا صار
ذا فلوس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه
حين ظهر له حاله كذا في الطلبة قال واذا طالب المحال عليه المحيل بمثل مال الحوالة
مدعيا قضاء دينه من ماله فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان
سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامره قد تحقق باقراره الا انه يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر
والبينة للمحيل فان اقامها بطل حق المحال عليه في الرجوع فان قيل الا يكون ان تكون الحوالة اقرارا منه بالدين
عليه اجاب بقوله لانها قد تكون بدونه اي بدون الدين على المحال عليه فيكون انفكاكها عنه وحينئذ يكون
التقييد بلا دليل قال واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال
بل احلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل
انه احاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل اجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه ان دعواه
تلك دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازا اي الوكالة
من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه
لان في ذلك نوع مخالفة الظاهر قال ومن اودع رجلا الف درهم اعلم ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة
فالمقيدة على نوعين احدهما ان تقيد المحيل الحوالة بالعين التي في يد المحال عليه بالوديعة او الغصب
والثاني ان تقيدها بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة وهو ان ترسلها ارسالا لا يقيدها بدين على

بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وان كان ذلك عليه وفي بدين او ان تحيل على رجل ليس له عليه
دين ولا له في يده عين انقسامها على نوعين حالة ومؤجلة فالحالة هي ان يحيل المديون الطالب على رجل
بالف حالة فانها تكون على المحال عليه كذلك لانها لتحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفة
التي على الاصيل والقرض انما كانت على الاصيل حالة فكذا على المحال عليه وليس للمحال عليه ان
يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة والمؤجلة هو ان يكون
الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال عليه الى
ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها
عليه وديعة فقوله لانه اقدر اخراج بيان جواز الحوالة المقيدة بالعين الذي في يد المحال
عليه وديعة وقوله لانه اقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لان حقهما احدهما الاداء من محل
من غير حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء كما يا قدر والثاني ان الوديعة حاصلة معينة
لا يحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان اقدر على القضاء كان اولى بالجواز فكانت جائزة
بالدين فلان تكون جائزة بالعين اجدر فان هلكت الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال
شيء عليه لتقيدها بها اي لتقيد الحوالة بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيتعلق بها وتبطل بهلاكها
كالزكاة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان كان الالف
مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها بيان لجوازها بالعين المغصوبة وانها اذا هلكت
لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا فكان الفوات بهلاكه
فوات الى خلف بالدين كما اذا كان لرجل على آخر الف التي للمطلوب عليه فانها جائزة وحكم الحوالة
المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت او غصبا او بالدين ان لا يملك
المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين او الدين فيكون الحوالة به تعلقها لا تعلق به حق
المحال فانه انما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفي حقه مما للمحيل عليه او بيده فتعلق
به حق استيفائه واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من اخذها ولو دفعها المودع وغيره
الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن بعدما رهن العين لم يبق له حق
الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء اشارة الحكم آخر به يخالف حكم
الحوالة حكم الرهن تقدما ينفعان في عدم بقاء اخذ المحيل والرهن وهو ان الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين
او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا سوى العين الذي له بيد المحال عليه او الدين الذي
عليه فالمحال اسوة للغرماء بعد موته خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس لان دين غرماء المحيل تعلق بمال
المحيل وهو صار لخصوص هذا المال ولهذا لا يكون له ان ياخذه في حياته فكذا بعد وفاته ولان
المحال كان اسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيقدم المحال على
غيره كالمرتهن وقلنا العين الذي بيد المحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحال بعقد
الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل فيكون بين الغرماء
بخلاف المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يشاركه
فيه وهذا اشارة الى قوله لانه لا يملكه المحال تعريض ما ذكرنا آنفا وقوله بخلاف المطلقة بيان الحوالة
المطلقة وانها لا تبطل باخذ المحيل ما له عند المحال عليه من العين او عليه من الدين ولم يكن الضمير
للشان لانه لا تعلق لحق المحال به اي بما عند المحال عليه او عليه بل تعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة
سعة واخذ ما له عنده او عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا البيان المودع والغاصب ان يؤدي دين المحال

من الوديعة والغصب والمحيل ان يأخذها مع بقاء الحوالة قال ويكره السفاتج جمع سفتجة بضم السين
وفتح التاء فارسي معرب اصله سفته يقال للشيء المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورتها ان
يدفع التاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وتكلموا في ان يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض في بلد
يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو
نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت
المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل انما اورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة
في الديون كالكفالة والحوالة فانهما معاملة ايضا في الديون والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب ادب القاضي

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات تقع في البياعات والديون عقبها بقضايا القاضي والقاضي يحتاج
الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب يشتمل لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة
محمودة يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل قاله ابو زيد ويجوز ان تعرف بانها ملكة تعصم
من قامت به عما يشينه ولا شك ان القضاء بالحق من اقوى الفرائض واشرف العبادات بعد الايمان
بالله امر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل صلوات الله عليهم اجمعين قال الله تعالى انا انزلنا
التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم قال
ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على المتولي بلفظ اسم الفاعل
اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الاسلام
والحرية والعقل والبلوغ ويكون اي المولى من اهل الاجتهاد اما الاول يعني شرائط الشهادة
فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد من القضاء والشهادة من
باب الولاية وهو تنفيذ القول على الغير شاء او ابى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة
يشترط له شرائط الشهادة لان ولاية القضاء لما كانت اعم واكمل من ولاية الشهادة لاقتصارها
عليها كانت اولى باشتراطها وربما لوح المصنف بقوله يستقى باستعارة الاستفادة الى ذلك وعلى
هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا للقضاء وبالعكس والفاسق اهل للقضاء لاهليته للشهادة
حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه لا يؤتمن في امر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم
الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على ان العدالة ليست من
شرائط الشهادة نظرا الى اهل ذلك العصر الذين شهد لهم النبي صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر
حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة او غيره مثل
الزنى وشرب الخمر لا ينعزل ان لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من
له الامر وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل اليه اشار الامام البزدوي
قوله وهذا اشارة الى استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب وروي عن الكرخي انه ينعزل بالفسق
وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب ابي يوسف ويجوز ان يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم
من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي وعلي ان الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا

والاول اظهر لقوله وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي لا يجوز تقليده
كما لا تقبل شهادته عنده وقيل هذا بناء على ان الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص
ايمانه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن
راضيا بتقليده دونها فكان التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والاول ثابت لانه من مسائل هذه
الفقه يتبنى عليه احكام كثيرة كجواز النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها وجواز الشروع في الهبة بلا ابتداء فينبغي
الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء وجواز الشروع في الهبة والعزل بالفسق الطارئ والحق ان يوجد
من الدليل المذكور وهو تقليده كانه معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل
جعفر فعبد الله بن رواحة اميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب الخليفة في شرح ادب
القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه والفرق بين القضاء والامامة والامارة ان الامام والامير اذا قلد
وكذا التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة على السلطنة ذا القهر والغلبة الا ترى ان بعض الامراء
وجاروا واجازوا احكامهم والصحابة تقلدوا الاعمال منهم وصلوا خلفهم واما مبنى القضاء فانه على العدالة الامانة
واذا بطلت الامانة بطل القضاء ضرورة والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها
وقيل يصلح لانه يخاف ان ينسب الى الخطا فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ
القدوري يدل على انه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد يجوز ان يكون
قاضيا لكن الصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له
رأي فاذا لم يكن له رأي وسأل فقيها اخذ بقوله قوله واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا لان يكون مراده بالجاهل
المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل
ان يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من اقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله خلافا للشافعي
فانه علل له بقوله ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه
بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود بتحري غيره لا اتفاقا فلو صلى بتحري غيره لم يشرع ذلك والاول هو
الظاهر ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره احمد بن حنبل رحمه الله عنه في مسنده عن علي رضي
الله عنه قال انفذني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وانا حديث السن فقلت تبعثني الى قوم يكون
بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين
اثنين بعد ذلك فانه يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا حينئذ لم يكن من اهل الاجتهاد وينبغي
للمقلد ان يختار الاقدر والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان
الله ورسوله وجماعة المسلمين وهو حديث ثبت بنقل العدل لعدل فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات
فانه طعن بلا دليل فلا يعتبر المقلد عند وجه الحنفية صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار
او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين العبارتين بين لك ان
يكون مع ذلك اي مع ما ذكرناه من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيدة خالصة عن التشكيكات المكدرة تنتقل
من المطالب بسرعة ويترتب المطلوب على ما يصلح ان يكون سببا له من عرف او عادة فان من الاحكام ما يبتنى عليها مخالفا
للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك قال ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه اذا قلده ادى
هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض امر به الانبياء قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم
بين الناس بالحق وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فاذا وثق بنفسه انه
يؤدي هذا الفرض فلا باس بالدخول فيه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية

لكونه

الامر بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بان الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا اقل من الندب كما
في صلاة الجنازة وغيرها فاجيب بانه لكن لما كان فيه خطر الوقوع في المحظور فكان به باس قال ويكره
الدخول فيه لمن يخاف العجز ومن خاف العجز عن اداء فرض القضاء لا يامن على نفسه الحيف وهو الجور فيه
كره له الدخول فيه لئلا يصير الدخول فيه شرطا اي وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء وانما عبر
بلفظ الشرط لان الاكثر ما يقع من الحيف انما هو بميل الى حطام الدنيا باخذ الرشاوي وفي الغالب يكون ذلك
مشروطا بعقد ومعاني مثل ان يقول الرجل لفلان او لاجل فلان ... ان قضيت لي كذا فلك كذا
وكره بعض العلماء او بعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا بانفسهم او خافوا عليها وقيل الكراهة ههنا
بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا ترى ان
ابا حنيفة دعي الى القضاء ثلاث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال
حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف فقال ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة
نظر المغضب وقال لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت اقدر عليه وكاني بك قاضيا وكذا دعي محمد الى القضاء فابى
حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل المصنف على ذلك بقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح
بغير سكين رواه ابو هريرة وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين
قال لان السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر
في الظاهر ووبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه هلاك وكان شمس الائمة
الحلواني يقول لا ينبغي لاحد ان يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان
قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا ثم دعي في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق
يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى فالقى راسه بين يديه ثم رجح المصنف والصحيح
ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل روى الحسن عن ابي يوسف ومحمد انه اذا قلد من غير مسألة
لا باس به وقال الترك عزيمة لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد فلا يوفق له اذا كان مجتهدا او لا يعينه عليه غيره
فلا بد من الاعانة لانه كان عن محمد قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف دخل في القضاء
قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح واسلم لدينه لانه يلزم ان يقضي بحق ولا يدري
ايقدر على الوفاء ولا دفع في ترك الدخول صيانة لنفسه وهذا اذا كان في البلد غيره يصلح للقضاء اما اذا كان هو
الاهل لذلك دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد في حقوقهم واخلاء للعالم عن الفساد في
الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا اذا
كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضييع
احكام الله تعالى قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها من صلح للقضاء ينبغي ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا
يسألها بلسانه لما روى انس بن مالك من قوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه
نزل عليه ملك يسدده اي يوفقه الى الرشد ومن فوض امره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء
ولان من طلب القضاء فقد اعتمد على فهمه وورعه وذكائه فاحتجب عن التوفيق وينبغي ان لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال
يحرمه واذا اكره عليه فقد توكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق قوله ثم يجوز التقلد تفريع على
مسألة القدوري يعني انه لا فرق في جواز التقلد لاهله بين ان المولى عادلا او جائرا وهذا لان الصحابة تقلدوا
القضاء من معاوية وكان الحق مع علي رضي الله عنه في نوبته ودل على ذلك حديث عمار بن ياسر وانما قيد بقوله في نوبته
احترازا عما يقوله الروافض ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعمر وعثمان وليس الامر كما قالوا بل اجمع الامة من اهل الحل
والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الامامة في اصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من

الحجاج وجوره مشهور في الآفاق وقوله الا اذا كان بحيث لا يمكنه من القضاء استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان
الجائر فانه اذا كان لا يمكنه من القضاء لا يحصل المقصود بالتقلد فلا فائدة للتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال
ومن قلد القضاء يسلم ديوان القاضي الذي قبله من تولى القضاء بعد عزل الآخر اخذ ديوان القاضي الذي قبله
والديوان هو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات
لان السجلات وغيرها انما وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء وان
لا يفيد دونها حاجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكر البينة حجة لانها تؤول اليها بالتذكر ثم البياض
التي كتب فيه الحادثة ربما كان اوراق لا يخلو عن امور ثلاثة اما ان يكون من بيت المال او من مال الخصوم
او من مال القاضي فان كان الاول فوجه تسليم القاضي اياه ظاهر وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح
لانه اتخذه تدينا لا تمولا وقوله في الصحيح في الصورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من
مال الخصوم او من مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح فيهما ما ذكر قوله ويبعث
امينين بيان لكيفية التسليم وهو ان يبعث المولى رجلين من ثقاته وهو احوط والواحد يكفي فيقبضانها
بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كيلا يشتبه على المولى وهذا
لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بلا تمييز ربما لا يتيسر عليه ما يحتاج اليه وقت
الحاجة وهو الطلب واما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة تشتبه على المولى فلا يتصل
الى المقصود وقت الحاجة او يتعسر عليه ذلك وهذا السؤال اي سؤال المعزول لكشف الحال لا للالزام فانه
بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبضا ذلك ختما عليه وذلك احتراز عن الزيادة
والنقصان قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على ان السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول
الثاني بعن وجعلها لشركته له واجيب بان المفعول الثاني محذوف او تقديره شيئا لاجل المعزول وعن احوال
السجلات وغيرها وقوله شيئا فشيئا منصوب بعامل مضمر بكلا وقوله شيئا الاول يعني شيئا كاشياء
عنها وليس بشيء لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول والاولى ان يجعل حالا بمعنى مفصلا كما في قوله علمته
بحسابه بابا بابا وينظر المولى في حال المحبوسين لانه بعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمائهم ويسأل
المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التعهد
عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اعترف بحق الزمه اياه وحبسه اذا طلب ذلك لان الاقرار ملزم
والحاجة بحكمه وقوله بدأ بحبسه ومن انكر ما وجب الحبس لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لما تقدم انه صار
كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف
عدالة الشهود ردهم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا فكذلك وان لم تقم او لم يحضر
خصم وادعى المحبوس ان لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه اياما اذا جلس يقول المنادي
ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان الفلاني المحبوس فليحضر فان حضر والا فمن رأي القاضي ان يطلقه
فان لم يحضر لرجل منهم خصم اخذ كفيلا بنفسه واطلقه فان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل
بالتخلية ويستظهر امره لئلا يؤدي الى ابطال حق الغير اذ ان يكون له خصم غائب يدعي عليه اذا حضر
والفرق لابي حنيفة في اخذ الكفيل ههنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا ياخذ هناك كفيلا
على ما سيجيء ان في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين فلا يؤخر لحق مجهول فلا تكون الكفالة
لغير معلوم وقيل اخذ الكفيل ههنا ايضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذكر في المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل
ههنا بالاتفاق والفرق المذكور بكونه محتاطا اليه وان قال لا كفيل لي او لا اعطي كفيلا فانه لم يجب علي شيء نادى
عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتاط بوجه آخر وهو ما يحصل بالنداء عليه ا

في ثبوته لغيره شك فلا يجوز تاخير الحق المحقق لامر موهوم واما ههنا فان الحق للغائب ثابت بيقين صح

شهرا

شهرا ويسأل المولى في الودائع وارتفاع الوقوف لانه نصب ناظرا في امور الناس فيعمل في المذكور على حسب
ما تقوم به البينة او باعتراف من هو في يده لانه لا بد لعمله من حجة وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول
فيه لما مر من عزمه الا ان يعترف ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار
ذي اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول كانه بيده في الحال ولو كان بيده عاينا صح
اقراره فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع الا اذا بدأ ذو اليد بالاقرار لغير
من اقر له القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم
الى المقر له من جهة القاضي ~~فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره~~
~~الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي~~ والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة اوجه وذلك لان
من بيده المال اما ان يعترف بشيء مما اقر به المعزول او يجحده كله فان كان الثاني فالقول
قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضي الي وهو لفلان
بن فلان ممن اقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب اولا بتعليله واما ان يقول دفعه القاضي
الي ولا ادري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل واما ان يقول دفعه الي وهو لفلان غير
من اقر له القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد اقر باليد له فصار كان المال
في يده لما مر ثم اقر به لفلان وهو لا يصح واما ان يقول هو لفلان بن فلان غير من اقر له القاضي ودفعه
الي القاضي وهو المذكور في الكتاب آخرا وحكمه ان المال يسلم الى المقر له لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي
باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا وهذا لان اقراره
الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الي القاضي وهو يقول لفلان
آخر فقد اقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من اقر له القاضي تلف المال على من اقر له القاضي
فكان ضامنا مثلا للمثلي والقيمة كذا نقله صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره وفيه نظر
لان الاقرار الاول اما ان يبطل ما بعده اولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ
ذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالاقرار للغير لشمول الضمان او شمول العدم وكلام الاكثر
الضمان للمقر له ثانيا في الوجه الرابع ويمكن الجواب عنه بان الاقرار الاول ان كان باليد يختار ابطال
ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار لا يبدله لصدوره عن الاجنبي عن المقر به فاسد فاذا اقر باليد
لشخص ثم اقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره عمن لا يملكه واذا اقر بالملك لغيره بما في يده
صح اقراره ثم اقراره باليد لغيره يريد ان يبطل الاول وليس له ذلك لكونه اقرارا في حق غيره ولكنه يسمع في حق
المودع لكونه اقرارا على نفسه باتلاف حقه باقراره لغيره في وقت يمنع منه وذلك قال ويجلس الحاكم جلوسا
ظاهرا في المسجد الحاكم يجلس للقضاء جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين
وروي عن ابي حنيفة انه قال والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وارفق بالناس قال الامام علي البزدوي
هذا اذا كان الجامع في وسط البلد واما اذا كان في طرف منها يختار مسجدا في وسطها كيلا يلحق
بعض الخصوم مشقة بالذهاب اليه وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره
المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد
فالاولى ما كان الحاكم في المسجد يتقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل الخصومة ولم يكره الاول
ذكره الثاني ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى
الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل
الخصومات ولان القضاء بالحق من اشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة قوله ونجاسة المشرك في اعتقاده

عن دليل الشافعي وتقرير نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان ينزل الوفود في المسجد فلا يمنع من دخوله اذ لا يصيب الارض منه شيء ولكن الحائض تخرج او يخرج
القاضي الى باب المسجد او يبعث القاضي من يفصل بينهما كما اذا كانت الخصومة في الدابة فان قيل
يجوز ان تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا مخاطبين
بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك قال فخر الاسلام اذا كان
داره في وسط البلد كما تقدم في المسجد فاذا جلس فيها يأذن للناس بالدخول فيها لان لكل واحد
حقا في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس معه لو جلس في المسجد حتى يكون ابعد من التهمة
اذ في الجلوس وحده تهمة الظلم واخذ الرشوة **قال** ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم منه الحاكم لا
يقبل الهدية لانه من جوالب القضاء اذا لم يكن على صفة المستثنى فهو حرام والاصل في ذلك ما روى
البخاري باسناده الى ابي حميد الساعدي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازد
يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي لي فقال صلى الله عليه وسلم فهلا
جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدى اليه ام لا واستعمل عمر رضي الله عنه ابا هريرة فقدم بمال فقال من اين
لك هذا فقال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر اتهدى اليك
ام لا فاخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان لاجل الصفة
واما القبول من ذي رحم محرم لا خصومة له فلانه من جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم
وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب اعم من ان يكون بينهما مهاداة قبل القضاء
او لا يكون وعبارة تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبي واما القبول
ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فلانه ليس باكل على القضاء بل هو جري على العادة حتى لو
يرد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدي القاضي اما ان يكون ذا خصومة او لا فالاول
لا يجوز قبول هديته مطلقا اي سواء كان قريبا او مهاديا قبل القضاء او لم يكن والثاني اما ان يكون
قريبا او ممن جرت له العادة بذلك او لا والثاني كذلك لانه اكل بالقضاء فيما هو الاول يجوز قبوله
ان لم يزد من له العادة على المعتاد قال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عندنا اذا زاد ماله
بقدر ما زاد في المال لا بأس بقبوله وان اخذ القاضي ما ليس له اخذه ما يصنع به اختلف المشايخ فيه فبعضهم
قال يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يردها على اربابها ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير واذا
لم يعرفهم او كان الرد متعذرا لبعدهم يضعها في بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة وانما يضعها في بيت
المال لانه انما اهدي اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدية لهم من حيث المعنى
قال ولا يحضر القاضي دعوة الا ان تكون عامة قيل وهي ما يكون فوق العشرة وما دونهم خاصة
وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف ان الدعوة الخاصة هي ما لو
علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها اختيارا لشمس الائمة السرخسي واطلاق لفظ القدوري
لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد انه يجيب دعوة القريب وان
كانت خاصة كالهدية وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث جوزا قبول هدية ذي الرحم المحرم
ولم يجوزا حضور دعوته انما قال الواقع في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء
وانما حدث بعده وما ذكر في الهدية محمول على ما اذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء وانما حدث بعده
وما ذكر في الهدية محمول على ما اذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء لصلة الرحم وذكر شيخ الاسلام ابو اليسر
اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم لا يجيب القاضي دعوته وان كانت عامة لانه يؤدي الى الايذاء

الخصم

الخصم والى التهمة **قال** ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم على المسلم قال صلى الله عليه
وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق روى ابو ايوب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم
على المسلم ست خصال واجبة ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض
ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان
يشمته كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف احد الخصمين لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروي
عن علي انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نضيف الخصم الا ان يكون خصمه معه ولان الضيافة
والخلوة تورث التهمة **قوله** واذا حضرا سوى بينهما واذا حضر الخصمان بين يدي القاضي وان كان
احدهما من ولاة والاخر فقيرا او كانا ابا وابنا سوى بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على الارض
لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي فتفوت التسوية ولو اجلس احدهما عن
يمينه والاخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان دخل السلطان الى القاضي فجلس السلطان في
مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما
كي لا يكون مفضلا احد الخصمين على الاخر وفيه دليل على ان القاضي يجوز له ان يحكم على من ولاه وكذلك
يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم
بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة **قال** ولا يسار احدهما ولا يشير اليه لا يكلم القاضي احدهما سرا ولا
يشير اليه باصبعه ولا برأسه ولا بحاجبه ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لان في ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز
عنها ولان فيه كسر قلب الاخر فيضجر عن طلب حقه فيتركه وفيه اجتراء من فعل به ذلك على خصمه و
لا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء وينبغي ان يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم
بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف
والجلواز من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط ويجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي
ويمنع من رفع الصوت في المجلس **قال** ويكره تلقين الشاهد وهو ان يقول القاضي ما يستفيد
به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول اتشهد بكذا وكذا وهو مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين
فيكره كتلقين الخصم وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع
التهمة لان القضاء مشروع لاحياء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس
القاضي فكان في التلقين احياء الحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل واما في موضع التهمة مثل
ان ادعى الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة ويشهد الشاهد بالالف فالقاضي قال يحتمل
ابراء الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز
بالاتفاق وتأخير قول ابي يوسف يشير الى اختيار المصنف والاشخاص هو ارسال الرجل لاحضار الخصم

فصل في الحبس

لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلقت به احكام افرده في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى او
ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا
بالتهمة خلا انه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر رضي الله عنهما سجن وكان يحبس في المسجد

او الاهل حتى امكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه احدث السجن بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبني سجنا من مدر فسماه مخيسا ولان القاضي نصب لايصال الحقوق الى مستحقها فان امتنع المطلوب من اداء حق الطالب يكن القاضي يجبره على الاداء ولا خلاف ان يجبره بالضرب فيكون بالحبس **قال** واذا ثبت عند القاضي وطلب حبس غريمه فلا يخلو اما ان يثبت بالاقرار او بالبينة وان كان الاول لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في اول الامر لانه من حجته انه يقول ظننت انك تمهلني فلم استصحب المال فان ابيت اوفيك حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ماطل فحبسه وان كان الثاني حبسه كما ثبت لظهور المماطلة بانكاره وروي عن شمس الائمة السرخسي عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة كان له ان يعتذر ويقول ما علمت له دينا علي فاذا علمت الآن لا اتواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار لكن هذا غير معتمد في حق الحبس فيحبس في الدرهم وما دونه لان مانع ذلك ظالم فيجازي به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض اهله وموت والده وولده اذا كان ثمه من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت صارت مقامة بالغير وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزمه القيام بحق الوالدين وليس في هذا العذر من الخروج كثير ضرر بالطالب ان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر واذا لم يكن له خادم اخرج لانه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه واذا احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته وجاريته فيطاهما حيث لا يطلع احد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقيل الوطي ليس من اصول الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده **قال** فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة وتاويل المصنف عن ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه وزوال العجز المال يحتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختيار دليل اليسار اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد بالمهر معجله دون موجله لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته قال القدوري ولا يحبسه فيما سوى ذلك نحو ضمان الغصب وارش الجنايات اذا قال اني فقير لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الا ان يثبت المدعي ان له مالا بينة فيحبسه وروى الخصاف عن اصحابنا ان القول قول المدعى عليه في جميع ذلك اي ما كان بدلا عن مال وما لم يكن لان الاصل هو العسرة اذ الادمي يولد ولا مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من يتمسك بالاصل حتى يثبت خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه ويروى ان القول لقوله الا فيما بدله مال وفي ما يروى عن ابي حنيفة وابي يوسف لانه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه شيء ولم تعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكا بالاصل وهو العسرة فكان

اقوال الوجه في المسئلة قولان آخران احدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم والاخر ان يحكم الزي ان كان زي فقير كان القول له وان كان زي الاغنياء كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون في الزي مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزي فيهم دليل اليسار **وقوله** وفي النفقة بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان المسئلتان المحفوظتان تؤيدان القولين الاخرين اما تاييدهما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فانه جعل القول قول الزوج والمولى مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر اولا كان القول قول المراة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تاييدهما للذي كان القول للمدعى عليه الا فيما بدله مال فلان لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول من عليه فعلم ان الصحيح هو القولان الاخران وقوله والتخريج على ما قال في الكتاب يعني القدوري جواب عن المسئلتين المذكورتين وتقريره انه اي النفقة على تاويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا سقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء من له او بالتقاص عليه وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة وحينئذ لا يرد ذلك على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الحبس لا على القدرة لانه اذا علم انه لا يحصل الخلاص منه بحبسه وثمانه من جهته الا بالايفاء واقدم عليه دل على انه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعى ان له مالا او ثبت ذلك عليه بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلاثة ثم يسأل عن جيرانه واهل خبرته عن يساره واعساره اما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال واما توقيته فلانه لا يعلمها مالها ان كان يخفيه فلا بد من مدة ليظهر هذه الغاية فقدره بما ذكره ويروى بغير التقدير بشهرين او ثلاثة اشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر آجل فالتقدير بها وابين الحلواني هو ارفق الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن ابي حنيفة اربعة اشهر الى ستة اشهر والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بتقدير لازم بل هو مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر في كثير فيجتهد في تلك المدة التي يضجر الاخر فان وقع في رايه انه لو كان هذا الرجل يضجر في هذه المدة ويظهر المال ان كان له مال ولم يظهره يسأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بينة على عسرته اخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة الى لفظ الشهادة والعدد بل اذا اخبره بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان احوط اذا لم يكن حالهما منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهدا انه معسر خلى سبيله وليس هذه شهادة على النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث فتكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي واذا استحلف المطلوب الطالب على انه معسر حلفه القاضي فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس قال الشيخ الاسلام هذا السؤال من القاضي بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضي ان يعمل برايه ولكن لو سأل كان احوط قيل محمد يقبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الملك وتعذر القضاء به لان الشهود لم يشهدوا بمقدار معين ولم يقبل فيما اذا انكر المشتري جوار الشفيع وانكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فاقام الشفيع بينة ان

وان كان الزي زي الاغنياء

نفقتها

تعقد بما ذكره ويروى بغير

له نصيبا في هذه الدار ولم يثبتوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يقضي بهذه البينة فما الفرق بينهما واجيب
بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما تكون بملك مقدار الدين
فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك ليكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس
بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما قال
فان لم يظهر له مال خلى سبيله فان لم يظهر للمحبوس مال بعد ما مضت المدة التي رآها القاضي
برأيه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهر او شهرين او اربعة على ما تقدم خلى سبيله
فان لم يظهر المحبوس مال بعد ما مضت المدة التي لانه استحق النظرة الى الميسرة بقوله تعالى
وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعد ذلك ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله بعد مضي المدة متعلقا
بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه انه لا يخليه ما لم تمض المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا في
كتب ادب القاضي وقالوا واذا ثبت اعساره اخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك
ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة بان اخبر واحد ثقة او اثنان وشهدا بذلك شاهدا بانه مفلس
معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب بذلته وقد اختبرنا امره سرا وعلانية ففيه روايتان
تقبل في رواية ولا تقبل في رواية الاصل وعليها عامة المشايخ وان كان ذلك بعد الحبس فعن محمد فيه روايتان
في رواية لا يخرجه وبه كان يفتي الشيخ الجليل ابو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة
وفي اخرى يخرجه وعليه المشايخ ما وراء النهر ثم يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا تأيدت
بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت واذا حبس ومضت المدة وقت تأيدت به اذ الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من
مرارة الحبس لا يتحملها قوله قال في الكتاب اي كتاب القدوري خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا
الكلام يفيد عدم المنع من ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس والملازمة حق للطالب وذلك امر لا
وسنذكره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى وذكر في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين
فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله وهذا بظاهره ينافي ما ذكر
في اول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه اول وهلة فيحتاج الى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله بقوله
ومراده اي مراد محمد اذا اقر عند القاضي وعنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته وهذه الرواية نصا تكون
معتمد شمس الائمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في اول الفصل وحمل على اختلاف الروايتين لكنا قلنا
هو الصحيح وقوله والحبس اول ولا يعجل به المذكور في الجامع الصغير من الحبس ولا مدته ما بيناه الشرفية
مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكرها فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته اذا فرض القاضي على رجل نفقة
زوجته او اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعته الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع ولا يحبس والد
في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص وقال الله تعالى ولا تقل لهما اف ولا
تنهرهما وقل لهما قولا كريما واخفض لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء لولده
وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد ولان النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها
وسائر الديون لا تسقط به فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك لحق
الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دينا وكذا بدين مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع
المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق اكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا
مكاتب اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق اكسابه
بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ولا يحبس في حق غيره لانه لا يتمكن
من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل يجب التسوية بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فتسقط بها الدين

كذين

كذين الكتابة

باب كتاب القاضي الى القاضي

اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا الا ان السجن يتم بقاض واحد وهذا
باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس يأبى جواز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه
مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير
اذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس لما روي ان عليا رضي الله عنه جوزه
كذلك وعليه اجمع الفقهاء قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق يقبل كتاب القاضي الى القاضي
في حقوق تثبت بالشبهات ذكر ما يندرج فيها اذا شهد به عند القاضي المكتوب اليه للحاجة
وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان شهدوا على خصم او لا وتنكير
يشير الى انه ليس المدعى عليه احد لو كان اياه لما احتيج الى الكتاب ولا بد منه لئلا يقع القضاء على الغائب
فالمراد به كل من يمكن ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو
سجلا لان السجل لا يكون الا بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز
وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب
اليه ليس له الا التنفيذ وافق رأيه او خالفه لاتصال الحكم به واما الثاني فان وافقه نفذ والا فلا
لعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط من العلوم
الخمسة وهي ان يكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكرها عددا ان شاء الله تعالى
قوله لما روي هو الموعود بقوله على ما نبين وهو يشير الى ان جوازه ثابت بمشابهته الشهادة على الشهادة
لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم وكما جوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد
فكذا جوز الكتاب لذلك والاثر دال بالمشابهة القياس لما تقدم انه مخالف للقياس فاراد به الاجابة
مناط الاستحسان وقوله يعني في القدوري في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب
والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكذا
فيما كان بمنزلته وقوله وهو يعرف اي الدين يعرف بالوصف يشير الى ثلاثة اشياء الى ان الدين مما يجوز
فيه لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة واعترض بان ما سوى الدين يحتاج الى الاشارة فان الشاهد
يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي بمنزلة الثياب
والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية واجيب بان الاشارة الى الخصم
شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال الا ترى
ان الاشارة الى الدين والمديون لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالاجماع ويقبل
كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا
يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة عند ابي حنيفة ومحمد ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري وخص
ابو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبيد دون الاماء فان العبد يخدم خارج البيت
غالبا فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم داخل البيت غالبا فلا تقدر
على الاباق وعنه اي عن ابي يوسف انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط

سمرقند

وشرح ادب القاضي وصفته وذلك بخارى ابق عبده الى سمرقند عندي فلان وفلان بان العبد الذي
صفته كيت وكيت ملكه فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه
شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى القاضي فاذا انتهى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده
ليشهد الشاهدان عنده بالكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي
ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي المكاتب لم تكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس
العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ويكتب كتابا الى قاضي بخارا
ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما فيه واذا وصل الى قاضي بخارى ويشهد بالكتاب
وختمه امر المدعي باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا
له بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرأ كفيله وفي رواية عن ابي
يوسف ان قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي
سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند
حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرأ الكفيل وصفة
الكتاب في الجواري صفته في العبيد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي ولكنه يبعثها
معه على يد امين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك ولكن ابو حنيفة ومحمد
قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه يدفع العبد اليه يستخدمه قهرا ويستغله ويأكل
من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة تشتبهان فان الحليتين
قد يتفقان في الحلى والصفة فالاخذ بالقياس اولى وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول
وعليه المتأخرون وهو مذهب مالك واحمد واشار فخر الاسلام في قوله قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة
رجلين لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة وهي شهادة رجلين او رجل وامرأتين اما
اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها واما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهة
وهو مما يطلع عليه الرجال فتقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي
يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب اهل الحرب واجاب بقوله
بخلاف كتاب الاستيمان يعني اذا جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير بينة حتى
لو امنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام ان يأتي الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي
الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة الا ترى
انه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قد يشير الى
ان رسول القاضي الى القاضي غير معتبر اصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس
يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه
ينعقد برسوله او اتحادهما في عدمه لان القياس لا يجوزهما وفرق بينهما
بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على
القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من
موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة واما الرسول فقائم مقام المرسل
والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا
قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه شرط ابو حنيفة ومحمد علمهما في الكتاب وحفظه
وختمه بحضرة الشهود ولهذا يجب ان يقرأ الكتاب بعد كتابته عليهم ليعرفوا ما فيه ويعلمهم به لانهم لا

يعلموا

المذاكير على القاضي الكاتب ان يقرأ الكتاب على الشهود ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به

يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم
يعلمون ويختم بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كيلا يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم او بيد الخصم وهذا
قولهما وقال ابو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم
ليكون معهم معاونة على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما
وقال ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا اشهدهم القاضي ان هذا كتابه وخاتمه
وشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس
بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء قال آخرا [illegible] كقول ابي حنيفة ومحمد
واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف تيسيرا على الناس قال واذا وصل الى القاضي
لم يقبله الا بحضرة الخصم لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه قال اذا وصل
الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا
بحضرة الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس
للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع قال ابو يوسف يقبله من غير
حضور الخصم غير الحكم به قال واذا سلم الشهود اليه اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر
الى ختمه فان شهدوا انه هذا كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا
وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه بما فيه عند ابي حنيفة ومحمد قال ابو يوسف
اذا شهدوا انه كتاب فلان وخاتمه فتحه لما مر انه لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط
في الكتاب ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح انه
يفض الكتاب اي يفتحه بعد العدالة كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعي
الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنه اداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان
القاضي وختمه فاما اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك هذا بيان انه دون ظاهر فان المدعي لا يحتاج
الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا فلا تظهر فاما اذا لم يكن شرطا فكما ادوا الشهادة جاز
فضه فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب انا لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة الشهود بعد الفتح
بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك على الكتاب وفيه نظر لان
فك الخاتم عمل بالكتاب لا بد ولعل الاصح ما قاله محمد من تجويز الفتح عند شهادة الشهود
بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كما نقله الصدر الشهيد في المغني والمكتوب
اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او خرج عن اهلية
القضاء بجنون او اغماء او فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول
الكتاب او بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال ابو يوسف في الامالي يعمل به وهو قول
الشافعي لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة
الذين شهدوا بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان بمنزلة الشهود الفروع اذا
ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء فانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالموجب وهو ان الكاتب
وان كان ناقلا الا ان هذا النقل له حكم القضاء بدليل انه لا يصح الا من القاضي ومن يشترط فيه
العدد ولفظ الشهادة وقد وجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة وما وجب على القاضي
لسماع البينة قضاء لكنه غير تام لانه انما يوجب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه
قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية كما اذا مات القاضي قبل تمامها وبدل

يعني العلم بالختم والحفظ

القاضي الكاتب شرع في بيان المتعلقة بجانب

لان الكتاب مختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك لا يتم ما لم علم ما في الكتاب فاعتبر حضور الخصم

المصنف بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره كما مر في غير عمله او في عمله
وهذا ظاهر فيما اذا عزل اما في الموت او في الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون
لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى اهلية
القضاء يخرج كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج عن الاهلية اولى وكذا لو مات المكتوب
اليه بطل كتابه وقال الشافعي يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من
يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة
يتفاوتون في اداء الامانة فصار كالامناء في الاموال فهناك قد لا يعتمد على كل احد
فكذا ههنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان قاضي بلد
كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى
معلوم ثم صير غيره تبعا له بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل
من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند ابي حنيفة وقيل الظاهر انه مجمع عليه لانه
من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما مر وهو عند لقوله لابي يوسف في جوازه فانه حين ابتلي
بالقضاء وسع ذلك تسهيلا للامر على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته
لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي
الى القاضي في الحدود والقصاص وقال الشافعي في قول يقبل لانه اعتمد على الشهود ولنا
ان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما ولان مبناهما
على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر في النهاية

قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه
اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك
احتاج الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر اصل جمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق
به وهذا يدل على ان الفصل من تتمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قوله آخر نافى ذلك
لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى ان يجعل هذا فصلا آخر
في ادب القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر قال ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في
الحدود والقصاص قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا لشهادتها
وقد مر الوجه في اول ادب القاضي ان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد
منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وهي اهل الشهادة في
غير الحدود والقصاص فهي اهل القضاء في غيرهما وقيل اراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله لان
فيه شبهة البدلية فانه يدل على ان فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيه شهادة النساء كذا على ما
سيجيء وقيل وجها مستفاد من شهادتها [illegible] وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء بعذر
وبغيره الا ان يفوض اليه وذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به اي بالقضاء فصار كالوكيل لا يجوز
له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يجوز له ان يستخلف

لان اداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته بوقت يفوت الاداء بانقضائه فكان الامر به من الخليفة
اذنا بالاستخلاف دلالة لكن انما يجوز اذا كان ذلك لغير [illegible] سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح
الجمعة فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لان المستخلف
بان لا مفتتح واعترض بقوله من افسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح
في هذه الحالة ولم يشهد الخطبة واجيب بانه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة
للاول التحق بمن شهد الخطبة واورد ان الخليفة الثاني لم يصح شروعه في تلك الصلاة اولى
فتأمل في الفرق كذلك القضاء اي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت حتى يفوت بالتأخير
عند العذر فيؤذن بالجمعة مع علمه انه قد يعرض له عارض يمنعه من ادائها في الوقت فعد
رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء فلو فرضنا انه استخلف وقضى الثاني بحضرة الاول
او قضى الثاني عند غيبة الاول واجازه الاول جاز **وقوله** لانه حضره رأي الاول يصلح دليلا
للمسألتين اما في هذه المسألة فلان الخليفة رضي بقضاء رأي القاضي وقت نفوذه لاعتماده
على علمه والحكم الذي حضره القاضي او اجازه صاحب القاضي واجازه قضاء حضره رأي
القاضي فيكون راضيا به واما في الوكالة [illegible] في كتاب الوكالة قيل الاذن في الابتداء
كالاجازة في الانتهاء فلما اختلفا في الجواز وعدمه واجيب بالمنع فان [illegible] الابتداء
وان الحكم الذي اذن له القاضي به في الابتداء فصار بحضره رأي القاضي وكان رضي
الخليفة بتولية القاضي متعلقا به وقوله فاذا فوض اليه ملكه اي اذا قال الخليفة للقاضي
[illegible] من شئت كان له ان يولي غيره فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله
وهذا بناء على ان امر القاضي لا يتعدى الى غير ما فوض اليه اذا قال الخليفة ول من شئت
واقتصر على ذلك كان امرا بالتولية دون العزل واذا اضاف الى ذلك استبدل من
شئت كان امرا له بهما فكانا له فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان له الاستخلاف
والعزل لان قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاة تقليدا وعزلا كذا في الذخيرة
قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصي له التوكيل
بغير تفويض والقاضي ليس له ذلك واجيب بان اوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز فيه الوصي
عن التحري على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي [illegible]
ولا كذلك القاضي وقيل القضاء يقابل التوكيل والايصاء يقابل التعليل والتعليل المذكور في
التعليل يجري فيهما واجيب بان [illegible] ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون [illegible] الفاسد
في القضاء **قال** واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه اذا تقدم رجل الى قاضيه في الحكم على
القاضي بكذا وكذا فكذا ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه
مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه او السنة المشهورة كالحكم بحل المطلقة
ثلثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت
بحديث العسيلة وقد ذكرناه في [illegible] او الاجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي
في المجتهد فيه او يكون قولا لا دليل عليه قيل كما اذا قضى على [illegible]
الدين [illegible]
[illegible] وهو تعليل [illegible]
عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب ان يكون قولا بلا دليل وفي الجامع

آخر جزء ٧

الصغر وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه وفيه فائدتان
أحدهما أنه قيد بالفقهاء أي ان القاضي اذا لم يعلم موضع الاجتهاد فلا يتعلق قضاؤه
موضع الاجتهاد لانتفائه المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة والثانية انه قيد بقوله
يرى غير ذلك اشارة الى ان الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا
لرأيه أو مخالفا فانه اذا نفذه وهو مخالف لرأيه ففيما يوافقه أولى وفي رواية القدوري مسألة
عن الفائدتين جميعا والأصل في تنفيذ القاضي ما رفع اليه اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة
ان القاضي متى لاقى قضاؤه فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول
في ان كلا منهما يحتمل الخطأ وقد ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه درجة وهو
ما لم يتصل القضاء به ولقائل ان يقول القضاء المجتهد فيه متفرع على رأي المجتهد فكيف
يصلح الفرع مرجحا للأصل من حيث هو هو أو مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز ان يكون
مرجحا لاعتبار من حيث تعلق الاعتضاد عند وجود ما يرجحه من أصل بالفرع اذا الشيء لا يتقوى بالشيء
في القوة لا يرجح ما يساويه فيها مع شيء آخر والأول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روي
عن عمر رضي الله عنه انه لما شغله اشتغال المسلمين استقضى زيد بن ثابت رضي الله عنه فقضى
~~بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه [illegible] اشتغال المسلمين استقضى زيد بن ثابت~~
~~رضي الله عنه [illegible] عمر رضي الله عنه~~ أحد الخصمين فقال له
ان زيدا قضى علي يا أمير المؤمنين فقال له عمر رضي الله عنه لو كنت أنا لقضيت لك فقال له فما يمنعك
يا أمير المؤمنين الساعة فاقض لي فقال عمر لو كان ههنا نص آخر لقضيت لك ولكن هذا رأي
والرأي مشترك ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند
أبي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ وهو دليل الشيخين
أيضا بالطريق الأولى لانه ليس خطأ بيقين لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ
كما في المجتهدات ووجه عدمه انه زعم فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده فيعمل بزعمه قال المصنف
وعليه الفتوى **قال** والمجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا لما ذكر ان حكم الحاكم في محل
مجتهد فيه ماض أراد ان يبين المجتهد فيه فقال المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما
ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخر
لم يمضه بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع الى قاض آخر كان له نقضه لانه باطل وضلال لا يجوز
عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني نفذه كما مر فان نقضه ثم رفع الى
ثالث فانه ينفذ القضاء الأول ويبطل الثاني لان الأول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع
والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب نص
الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء
الا ما قد سلف فان السلف اتفقوا على عدم جواز ~~تزوج امرأة الأب~~ وجاريته
ووطئ الأب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه والمراد بالسنة المشهورة
منها والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور ولا عبرة بخلاف البعض وذكرهم ومخالفة
البعض غير معتبر لان ذلك خلاف لا اختلاف فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه
الأكثر كان حكما يخالف الاجماع ينقضه من رفع اليه وينبغي ان يحمل كلام المصنف هذا

على ما اذا كان

على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربوا الفضل فانه لم يسوغ
له ذلك فلم يتبعوه أحد وانكروا عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على
الحرمة بدونه فاما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط
حجب الأم من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض احد الزوجين
فانه حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الأئمة ولعله اختيار المصنف
ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الأقل غير مانع لانعقاده لانه غير صحيح عند عامة العلماء قوله
والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول ومعناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو
الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الحاكم
والمالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الأول ثم رفع ذلك الى الحاكم يرى خلافه
كان له ان ينقضه **قال** وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه كما قضى القاضي بتحريمه
في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا اذا قضى بحلال لكن بشرط ان يكون
الدعوى بسبب معين كنكاح وبيع أو طلاق أو عتاق لا في الأملاك المرسلة وهي مسألة قضاء
القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور فمن العقود ما اذا ادعى على امرأة نكاحا وانكرت
فاقام عليها شاهدي زور فقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين
منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف أولا ومحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف
الآخر وكذا اذا ادعت على رجل انه تزوجها ومنها ما اذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى
من جهة المشتري مثل ان يقول بعتني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل ان يقول اشتريت مني هذه
الجارية فانه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضرة من يصلح شاهدا فيه
والبيع بثمن مثل قيمة الجارية أو بأقل مما يتغابن الناس فيه أو لا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط
لانعقاد النكاح قصدا والانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وان البيع بغبن فاحش
مبادلة لا يملكه العبد المأذون له والمكاتب والأب وان كان التبرع فكان كسائر المبادلات
قال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضرة من الشهود لانها شرط صحة
العقد وان لم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له
ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه متبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى
أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية وأقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها ومنها
ما اذا ادعت على زوجها انه طلقها ثلاثا وأقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت
بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج لم يطلقها بأن كان
أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطء لان الفرقة عندهما
لم تقع باطنا وان لم يعلم يحل له ذلك وأما الزوج الأول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخرا
وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام
ان على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للأول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فاذا
دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم **قال** ولا يقضي القاضي على غائب القضاء على الغائب
عندنا لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله ان غاب عن البلد أو عن
مجلس الحكم واستتر في البلد لا يصح في الأصح لان الاستتار ليس بغيبة لتعوق دون غيره واستدل بان
ثبوت القضاء لوجود الحجة وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيجب على القاضي العمل بمقتضاها ولنا ان العمل

بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل لكن الشرع
جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا واقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا
بالانكار ولم يوجد فان قال قد عملتم بالشهادة بدون الانكار اذا احضر الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله
منكرا حملا لامره على الصلاح اذ الظاهر من حال المسلم انه لا يسكت ان كان عليه دين او دفعا لما يلحقه ان
سكت به توقيف حال المدعي من سماع الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا انه لا منازعة
الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا في حق الغائب فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في الدليل الملك قلنا ممنوع
فان الظاهر من حاله الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا والموجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين
فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه ايضا دفعا وان قال لو انكر ثم غاب كان ذلك الواجب سماع الحجة
وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فالملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط
وسيأتي له جواب آخر وان قال لو وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه
ان حضر فاقر لزمت الدعوى وان انكر فكذلك والجواب بان النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا
لا يظهر الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود وبينتهم او يسلم الدعوى ويدعي الاداء
وبينته او يعارض القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ونوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيما ابطاله وصونه
للحكم عن البطلان من اجل الفوائد بقوله ولانه يحتمل الاقرار الى آخره دليل آخر على المطلوب والضمير للشاهد
ويجوز ان يتنازع ان وبينته في وجه القضاء واعمل الثاني ومعناه ان الشاهد يحتمل الاقرار والانكار
او وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لان احكامهما مختلفة فان حكم القضاء
بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع وتظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم
في اول باب الاستحقاق من المبسوط ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل
بالبينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها الرجل لم يأخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة
كاسمها مبينة فيظهر بها ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق وهذا
يرجع الباعة بعضهم على بعض وان استدل الخصم بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي فانه
لا يفصل بين كون الخصم حاضرا او غائبا وبحديث هند حيث قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل
شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد
قضى عليه بالنفقة وهو غائب اجبنا عن الحديث الاول بانه يدل على من ادعى شيئا فعليه اقامة
البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا اقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بمحل النزاع
وانما النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم على الغائب او لا وليس فيه ما يدل على نفي او اثبات
وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد
الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي وقال هذا
حديث حسن صحيح وعن حديث هند بان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عالما باستحقاق النفقة
على ابي سفيان الا ترى انه لم يكلفها اقامة البينة قوله ولو انكر ثم غاب وكذا لو تغيب لا يقضي في غيبته وان
وجد منه الانكار وكذا اذا انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء
لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سيأتي وفيه خلاف ابي يوسف فانه
يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب واجيب بان الاستصحاب
يصلح للدفع لا للاثبات قال ومن يقوم مقامه لما ذكرنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يحضر من يقوم
مقامه بين ذلك واعلم ان قيام الحاضر مقام الغائب اما ان يكون بفعل فاعل او يكون حكما شرعيا والاول

خلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض صح

اما ان يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر او القاضي كما اذا اقام وصيا من جهته
والثاني اما ان يكون ما يدعى به على الغائب سببا لا محالة لما يدعى به على الحاضر او شرطا لحقه
فان كان سببا لا محالة سواء كان المدعى واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه فانكر ذو اليد
فاقام المدعي بينة ان الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شيء
واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب
للملك لا محالة او شيئين مختلفين كما اذا شهد شاهدان على رجل بحق من الحقوق فقال
المشهود عليه انهما عبدان لفلان الغائب فاقام المشهود له بينة ان فلانا الغائب اعتقهما وهو يملكهما
تقبل هذه الشهادة والمدعى شيئان المال على الحاضر والعتق على الغائب والمدعى على الغائب
سبب للمدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على
الحاضر والعتق على الغائب والمدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية
الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب
خصما عن الغائب لان المدعى شيء واحد في الاول وكشيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا
حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظائر في الكتب
المبسوطة والمصنف لم يتعرض الا للسببية واما ان يكون المدعى شيئا واحدا او شيئين مختلفين
فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشيء اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيدنا السبب
بقولنا لا محالة احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن
الغائب كما اذا ادعى الرجل لامرأة رجل غائب ان زوجك فلانا الغائب وكلني ان احملك اليه فقالت
انه قد كان طلقني ثلاثا واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق
اثبات الطلاق على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو
قصر يده فان الطلاق حتى يتحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق
فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضي بقصر
اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل كلام المصنف ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لان
المطلق الى الكامل عن التقييد وان كان ما يدعى به على الغائب شرطا لحقه اي لحق المدعي
على الحاضر كما لو قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت امرأة الحالف على ان
فلانا طلق امرأته واقامت على ذلك بينة قال المصنف لا معتبر به في جعله خصما عن الغائب فقال الامام
فخر الاسلام وشمس الائمة الاوزجندي ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في
السبب لان دعوى المدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف
فيه اكثر لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على الغائب وهو
في الشرط موجود واخرج المصنف المسخر من جهة القاضي وهو من ينصبه وكيلا عن الغائب ليسمع
الخصومة عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي لان كلامه فيمن يقوم مقام الغائب والمسخر
لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه وكانه اختاره قال ويقرض القاضي
اموال اليتامى للقاضي ان يقرض اموال اليتامى ويكتب الصك لاجل تذكر الحق وهو الاقراض
لان في اقراض اموالهم مصلحتهم ببقاء الاموال محفوظة فان القاضي لكثرة اشغاله قد يعجز عن الحفظ
بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة بالقرض تقضيه

وقد يوجب بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق صح

وهو قول عامة المشايخ لان بينتها على فلان الغائب لا تقبل لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب صح

محفوظة مضمونة فتعرضها فانه مثل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى بجحود المستقرض اجاب بقوله
القاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوما وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان بخلاف الوصي
فانه ليس له ان يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضياع وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة
التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل ولا يكون الوصي
في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار الامام فخر الاسلام والصدر الشهيد والعتابي
وفي رواية له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته … من ترك
النظر له والظاهر انه يقرض ممن يأمن جحوده وان اخذ الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ذلك والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المآب

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء وتأخيره من حيث ان المحكم ادنى
مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب
والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها والصحابة رضي
الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما
ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما وهذا اذا كان
المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلته فيما بينهما واعترض بانه لو كان كذلك لما وقع التفرقة
بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول ابي يوسف لكنها وقعت فانهما جائزان
في القضاء دون التحكيم عنده واجيب بان التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به
قطع المنازعة والصلح لا يتعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض واذا كان المحكم
بمنزلة الحاكم اشترط له اهلية القضاء فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من
اهل الشهادة منها قال ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي … وان تحكيمه اهل الذمة
جائز لانه من اهل الشهادة بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد
الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا التحكيم والمحدود في القذف وان تاب
لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كما سيأتي والفاسق والصبي لعدم اهلية الشهادة فيهما
لكن اذا حكم الفاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر في ادب القاضي ان الفاسق لا ينبغي ان يقلد
القضاء ولو قلد جاز ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا
يحكم الا برضاهما جميعا لان ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما
على ذلك … واما عند … فلا يحتاج … بعدم احدهما وعلى الشرط قيل ينبغي ان لا يصح الاخراج الا
باتفاقهما ايضا فانه قبل اخراج احدهما يصح تفويضهما ثم من جهته قلنا ما تم الامر فانما التمام
بعد الحكم ولا نقض حينئذ فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما
كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لا يرد واذا رفع حكمه الى الحاكم … فوافق مذهبه امضاه

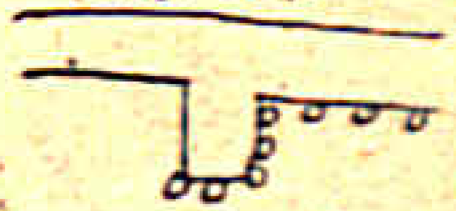
لانه

لانه لو نقضه لحكم بخلافه فلا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وفائدة الامضاء
انه لو رفع الى حاكم آخر يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم يمض لتمكن لان امضاء الاول بمنزلة حكم
نفسه وان خالفه ابطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم
كما تقدم فانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في
حق الكل فلا يجوز لقاض آخر ان يرده قال ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص ولا
يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين
لاستيفائهما واما في حد القذف وفي القصاص فقد اختلف المشايخ قال شمس الائمة
من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة عن صلح
الاصل ان التحكيم في القصاص جائز لان ابا حنيفة الحقهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم
كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف
واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص
ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين
فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص مما لا يستوفى بالشبهات وهذا كما ترى
اشمل من تعليل المصنف قوله وقالوا اي المتأخرون من مشايخنا تخصيص القدوري
الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالكنايات …
والطلاق وهو الظاهر على اصحابنا وهو صحيح لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك
قال شمس الائمة الحلواني في مسئلة حكم الحكم يعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب انه
يجوز الا ان الامام استاذنا ابا علي النسفي كان يكتم هذا الفصل ولا يفتي به كيلا يتطرق
الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا وان حكما في دم خطأ لا ينفذ الا في صورة لانه اما
ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية
له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضي
بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سيأتي
في كتاب المعاقل ان شاء الله تعالى قوله الا اذا ثبت استثناء من قوله رده القاضي اي
رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله واما ارش
الجراحات فان كانت بحيث لا تتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة
وهي خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول او كان عمدا وقضى على الجاني جاز
لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تتحملها
العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه
بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم
يرضوا بحكمه قوله ويجوز ان يسمع البينة عليهما يعني انه لما صار حاكما عليهما بتسليطهما جاز
ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر الحكم باقرار
احد الخصمين بان يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا او بعدالة الشهود مثلا بان يقول قامت
عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فابى المقضي
عليه ان يكون اقر عنده بشيء وقامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لانه يملك
انشاء الحكم بذلك اذا كانا على تحكيمهما فيملك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان قضيت
عليك هذا باقرارك او ببينة قامت عندي عليك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي

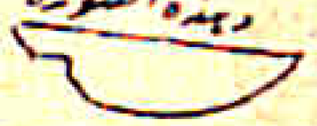
عليهم فكذا ههنا وان اخبر الحاكم مثل ان يقول الحاكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق بانه اذا
حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا
وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل لان اهلية الشهادة شرط للقضاء كما قلنا وشهادته
لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم
لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكما رجلين فلا بد من اجتماعهما
لانه امر يحتاج الى الراي فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما انما رضيا برايهما وراي الواحد ليس
كراي المثنى ولا يتصور ان يحكي ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما
لانهما بعد القيام كسائر الرعايا فلا يقبل شهادتهما على فعل باشراه والله اعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضاء

شتى اي متفرقة من شتت تشتيتا اذا فرق ذكر في آخر كتاب ادب القاضي
مسائل منه كما هو داب المصنفين ان يذكروا في آخر الكتاب مسائل يتعلق ببعضها قبلها
استدراكا لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى او منثورة او متفرقة قيل وعلى
هذا كان القياس ان يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكر بعدها القضاء
بالمواريث بالرحم وان يجد بدا من التاخير لا محالة واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب
السفل ان يتد فيه وتدا ولا ان ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو وليس لصاحب
العلو ان يبني على علوه ولا ان يضع عليه جذعا ولا يحدث كنيفا الا برضا صاحب
السفل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجاز لكل واحد منهما ان يصنع ما لا يضر به وقيل
هذا تفسير لقول ابي حنيفة رحمه الله بعبارة ابي حنيفة انما منع عما يضر اذا كان يضر
به واما اذا لم يكن فلم يمنع كما هو قولهما فكان تحاذ التصرف لكل واحد منهما لا يضر بالاخر فصار
مجمعا عليه لان التصرف حصل في ملكه والملك يقتضي الاطلاق فلا يمنع عنه الا بعارض الضرر فاذا
لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق وانما يظهر الخلاف فيما اذا اشكل فعندهما لم يجز المنع لان الاطلاق في
يقين واليقين لا يزول بالشك وانه اشكل عند الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير وهو
صاحب العلو لانه قرار علاه وهذا يمنع من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير يمنع المالك عن
التصرف كما يمنع حق المرتهن والمستاجر المالك عن التصرف في المرهون والمستاجر والاطلاق
بعارض وهو الرضى به دون عدم الضرر فتامل فاذا اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا قوله على
انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه اشار به الى المنع
لافادته بما قبل ذلك قال واذا كانت زايغة مستطيلة تنشعب منها سكة طويلة غير نافذة
او دار ها مثلها على هذه الصورة ليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة
القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لانه لاهله خاصة حتى لو كانت
غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد ان يفتح بابا لغيرهم فكذا هنا الا ترى انه لو بيعت دار


وهذه صورتها

في تلك السكة ليس لاهل السكة العظمى ان ياخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة بخلاف النافذة
لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح رفع لجداره
وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا لو فتح كوة او بابا للاستضاءة دون
المرور لم يمنع والاصح انه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة
ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول
قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ان الزايغة الاولى غير نافذة
وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه ابو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا من وضع
المضمر موضع الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فتصير كل واحد من الزايغتين جميعا لان الاشارة
جميعا بذلك الى المثنى والجمع صحيحة فيكون مثل قوله تعالى قل ارايتم ان اخذ الله سمعكم
وابصاركم وختم على قلوبكم من اله غير الله ياتيكم به اي بذلك على احد الوجهين وان كانت
الزايغة القصوى مستديرة قد لزق طرفاها يعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها راس
السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم ان يفتح بابا فيه لانها موضع ساحة لانها سكة
واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور كلها ولهذا يشتركون في الشفعة
اذا بيعت دار منها بهذه الصورة قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يده دار في يد رجل
ادعى عليه آخر ان له فيها حقا وانكر ذو اليد ثم صالح منها جاز الصلح وهي مسئلة الصلح
على الانكار وسياتي الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة
المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئا لا يصح دعواه
اجاب بان المدعي وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لان جهالة في
الساقط والجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة والمانع منها ما افضى اليها ولقائل ان يقول
جهالة المدعى اما ان يكون مانعة صحة الدعوى او لا فان كان الثاني صح دعوى من
ادعى على انسان شيئا لكنها لم تصح ذكره في النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وان كان الاول
لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم
عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط صحة الصلح لانه لقطع الشغب
والخصام وذلك يتحقق بالباطل تحققه بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعي
دعواك فاسدة ولا يترتب عليها شيء ويمكنه ازالة الفساد باعلام ما ربما يدعي فلا تكون
ردة مفيدا قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه
والمقصد به طريق الهبة والتسليم وجحد دعواه ذو اليد فسيل البينة فقال لي بينة
تشهد على الشراء لاني طلبت منه هبتها فجحدني الهبة فاضطررت الى شرائها منه واشهدت عليه
واقام البينة على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا
يقبل لظهور التناقض من وجهين احدهما من حيث ان المدعي ادعى الشراء بعد الهبة حيث
قال جحدني الهبة فاشتريتها والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بشرائها قبلها فكانت الشهادة
مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها ان ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت
الشراء على وقت الهبة لانه حينئذ يكون كانه قال وهب لي هذه الدار وكانت ملكا لي بالشراء قبل
الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بالشراء بعد الوقت
الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم


وهذه الصورة

ليشهدوا به قبله اي قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها اي قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا بعده ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة او وقتها ولم يقل بعده في الهبة فاشتريتها منه لم يقبل ايضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فكان تناقضا واما اذا ادعى الشراء بعد الهبة فلانه يقرر ملك الواهب عندها فليس ثمة تناقض قيل ينبغي ان لا يقبل في هذه الصورة ايضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما يملكه بالهبة واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا

قال ومن قال لآخر اشتريت هذه الجارية فانكر ان اجمع على ترك الخصومة اي عزم بقلبه وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب لا يخاصم معه وسعه اي حل له ان يطأ الجارية لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان معنى فامكن ان يقوم احدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخا لا محالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة ثم الفسخ من الجانبين قيل لجاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة ان تتزوج بزوج آخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك واجيب بان الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير الضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فانه قبل مجرد العزم قيل لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فان العقد لا ينفسخ ما لم يقترن العزم بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهيه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة ويندفع قال المصنف رحمه الله انه لا يحل وطؤها لان البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبتغها او يتبقا بالاولى ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود دلالة قوله ولانه دليل آخر فان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فات رضا البائع وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر والفرق بين الدليلين ان الانفساخ كان في الاول لاعتبارهما على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني مرتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده

قال ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا او ثمن سلعة له عليه او غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء كان موصولا او مفصولا ولا دلالة على ذلك لانه لم يذكر في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى هاهنا واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجوز استبدالا وذلك لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله على ما له الحق وقبضه لا ما ليس له ذلك ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى انه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا اجاب المصنف

بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع الملازمة وقوله حملا لحاله على ما له حتى قبضه مسلم والزيوف له حق تقبضه لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض ما لا يرتد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فدعواه الزيوف لم يكن مناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم ويعلم من هذا انه لو اقر بالجياد وهو حقه او بحقه او بالثمن او بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا او نبهرجة لم يصدق لان الاقرار بقبض الجياد صريح في الاول ودلالة في الباقي لان حقه في الجياد والثمن جياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزيوف مناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين ما ادعى عيبا في المبيع على البائع وانكر فان القول قول البائع لا المشتري الذي انكر قبض حقه وهو المعقود عليه سليما ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله وكان من القبيل الثاني اعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس لها كلها على السوا فانه اذا اقر انه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا وفي الحق لا يصدق مفصولا ولكن يصدق موصولا والفرق فيهما ان في قوله قبضت ما لي عليه او حقي عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة بعد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال لفلان علي الف الا مائة فاما اذا قال اقتضيت عشرة جيادا فقد اقر بالوزن بلفظ على حدة ثم قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لفلان علي مائة درهم ودينار الا دينارا كان استثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا هاهنا قوله وفي الستوقة لا يصدق يعني لو ادعاها بعد الاقرار بالعشرة بقبض لم يصدق لان الستوقة ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان منكرا في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك بل نقل عن المبسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعدما اقر بقبض الدراهم ان كان مفصولا لا يسمع وان كان موصولا يسمع والستوقة اقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة اولى وكان الاعتراض على الاطلاق عن التقييد في كلام المصنف فان كلامه فيما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراخي ولا نزاع في عدم الزيوف والنبهرجة انه اذا ادعاه لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا ذكره الحلواني فيما الجانب الآخر يعني الكلام فيما اذا اقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف فانها لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب عن ذلك بان المنع هاهنا عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل لا من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب او عن المشايخ وقد اختاره المصنف فانه عزاه الى شيخ من المشايخ بالاستثناء الدنيا بعد الاتصال لان الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكان استثناء من جنس الزيوف ما زيفه بيت المال اي رده والنبهرجة ما يرده التجار ولعله اردى من الزيف والستوقة ما يغلب عليه الغش قيل هو معرب سه توي اي ادنى من النبهرج حتى خرج من جنس الدراهم

قال ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان الاقرار اما ان يكون مما يحتمل الابطال او لا والاول لما كان الاول لا يحتمل الابطال يرتد برد المقر له مستقلا بذلك كما ان المقر يستقل باثباته وحاصله ان المقر يستقل بالاثبات والمقر له بالرد لانه مستقل بذلك وحاصله الى الفصل وخصمه فعلى هذا اذا قال لآخر لك علي الف درهم

بقوله

والثاني يحتاج

فقال المشتري لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف فليس عليه شيء لان المقر قد اقر بما يحتمل الابطال
وهو مستقل باثبات ما اقر به لا محالة وقد رده المقر له فبطل وقوله بل لي عليك الف درهم غير مقيد
لانه دعوى مبتدأة لا بد له من حجة اي بينة او تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر له ثبت وقوله [illegible]
المال الاشخص انا ولو قال لا اشتريت مني هذا العبد فانكره ان يصدقه بعد ذلك لان الاقرار [illegible]
ما يحتمل الابطال لكن المقر يستقل باثباته ثم المعنى انه جحدهما ينتقض العقد فيحمل التصادق [illegible]
فان احدهما ... بدون الاثبات فينفرد الآخر بالرد قلت المقر على ترك الخصومة [illegible]
بعد الانكار ... الفسخ قدم ولهذا لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ويجوز ان ينقل [illegible]
قال في مكانه انشار ... الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كان دليل الفسخ وبه سقط ما قال
في الكافي ... ذكر في الكتاب ... الهداية ان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ ويكره قبله ولانه لما
تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه والتوقيع يحمل كلامه [illegible]
لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد بالفسخ فانكاره التكلم اذا اقر [illegible]
ذكره به المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند ابي حنيفة رحمه الله لا لا [illegible]
بالنسب قرار لا يحتمل الابطال ولا يرتد بالرد وافقه المقر على ذلك قال ومن ادعى على آخر مالا
فادعى عليه الآخر انه كان له كذا ... ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي [illegible]
فاقام المدعي البينة على ما ادعاه واقام المدعى عليه البينة انه قضى وعلى الابراء قبلت بينته وقال
زفر وهو قول ابن ابي ليلى لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فكان متناقضا في دعواه [illegible]
البينة تقتضي ... ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ عنه دفعا للخصومة [illegible]
الاترى انه يقال قضي بباطل ... وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك
علي شيء ... التوفيق ... فاذا اقام المدعي البينة على المدعى عليه والمدعى
عليه على القضاء ... [illegible] ... على قبول البينة عند امكان
التوفيق ... دعوى القصاص والرق [illegible]
... اقام المدعى عليه البينة على الابراء والعتق [illegible]
... البينة على ... انه [illegible]
على الف ... ولو كان ... [illegible]
ولا اعرفك ... على النفي وكذا على الاقرار ... التوفيق
... واحد ... ومعاملة الاخلطة ومعرفة ... العدو [illegible]
... المحتجب او المخدرة قد يؤذي بالشغب على بابه ... [illegible]
... بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا ... وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ... لا
قال ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام المدعي
على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة ... [illegible] ... على البائع فاقام
البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكرها في الجامع الصغير ... وعن
ابي يوسف ... المصنف بقوله وعن ابي يوسف انها تقبل [illegible] ... من صورة الدين فانه
... اقام البينة على القضاء او الابراء ... قد يقضى ... التوفيق ... كذلك
ان ... على البيع ... على العيب ... الظاهر ان شرط
البراءة ... للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى ... العقد الا ان الصفة ... بدونه

الموصوف

قال الموصوف غير صحيح وكان مناقضا لما ادعاه بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضي وان كان باطلا على ما مر
ذكر في كتاب اشتمل اذا اقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه
وان شاء الله فذلك من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله تعالى وكتب في
كتاب شراء ما ادركه فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والمال لازم
لانه لا ينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر يشتاق وطلقه
لو اذ لم يكتب في آخره ان شاء الله والثاني مثله ولا كلام فيه والاول يعني الرابع والاصل في الطلاق
الاستثناء اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولابي حنيفة رحمه الله ان
الكل فيما نحن فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي
الى بيت الله ان شاء الله فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كان الاستثناء متصلا من غير فرجة بياض
لتصير بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا
لا يلحق به ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا في الشروط اثبات
الرضا من المقر بتوكيل عن توكيله المقر له بالخصومة على قول ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة
عنده بغير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة وكونه توكيلا مجهولا ليس بضائر لانه في الاسقاط فان
المقر له اذا لم يرض بتوكيل المقر له من يخاصم معه المحق من زيادة التفاوت الناس في الخصومة
فاذا رضي فقد اسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن
ابي ليلى انه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن
مذهب ابي حنيفة لان الرضا بالوكالة المجهولة لا عنده لا يثبت فوجوده كعدمه والله اعلم

فصل في القضاء بالمواريث

قال واذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع
ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته
في وقت آخر وهو على نوعين احدهما ان يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحياة المفقود
والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته بالماضي كجريان ماء الطاحونة كما سنذكره وهو حجة
دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في اصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت
بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث
بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب الاوقات كذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيكون ثابتا
فيما مضى تحكيما للحال اي باستصحاب الحال الآخر باب ماء الطاحونة اذا اختلف فيها المتكاريان بعد
مضي مدة فانه يحكم بالحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول قول الآجر وهو صاحب الطاحونة وان كان
منقطعا كان القول للمستأجر قوله وهذا يعني تحكيم الحال ظاهر يعتبر لدفع الاستحقاق قوله لهما
وهو صحيح وهو اعني زفر يعتبره للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها
للميراث بالحال بل لان الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات فيجوز ان يجاب بان ذلك ايضا ظاهر

والظاهر استصحابا كان او غيره لا يعتبر للاستحقاق على انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر ولو مات المسلم
وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقال الورثة اسلمت بعد موته
فالقول قول الورثة ايضا ولا يحكم الحال لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة في الاستحقاق الذي هي محتاجة
اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا التقدير يتم الدليل وقوله اما الورثة فهم دافعون اشارة الى معنا
تحرر وهو ان في كل مسئلة من هذا الجنس نوعا من الاستصحاب اما في الاولى فلان النصرانية امرأة النصراني
كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا فبالنظر اليها كانت فيما مضى
ولا مسلمة فيستصحب هو من النوع الثاني فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب
الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني فيكون دافعا فكان القول قولهم واما في الثانية فلان نصرانيتها
كانت ثابتة والاسلام حادث والنظر الى النصرانية يقتضي بقاءها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام
يقتضي ان يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم ان يكون الحال مثبتا وهو لا يصح واعتبرنا الاول
ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فقدمهم المصنف الا انه وحوله ونسبه اليهم دليل آخر وهو ان الاسلام
حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات فان قيل ظاهر الحدوث معتبر في الدلالة كان ظاهرا
في المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى الترجيح والاصل عدمه فالجواب انه معتبر
في الدفع لا في الاثبات وقد نوقض بما ذكرتم على الاستصحاب الصالح
للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضى بالاجر على المستاجر اذا كان ماء الطاحونة جاريا
عند الاختلاف لانه استدلال به لاثبات الاجر والجواب انه استدلال به لدفع ما يدعي المستاجر
على الاجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر واما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له
فيكون دافعا موجبا فاعتبر هذا واستغن به عن التطويل قال ولو مات وله في يد رجل
اربعة الاف وديعة رجل مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة فاقر المودع لرجل انه ابن
الميت لا وارث له غيره يقضي الحاكم عليه بدفعه الى المقر له لانه اقر ان ما في يده حق للوارث وملكه
خلافة ومن اقر بملك لرجل عنده وجب دفعه اليه كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر
لرجل بانه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع كذبه
حيا فيكون اقرارا على مال الغير ولقائل ان يقول لكان الواجب في المسئلة ان لا يؤمر بالدفع لجواز قيام
حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه كحاجته اليه كالدين وغيره فان خلافة الوارث
متاخر عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره يقينا وما يوجب قيام حق الميت
في المال متوهم ولا يعارض اليقين به فاذا امتنع في الوديعة حتى هلكت هل يضمن او لا قيل يضمن وقيل
لا يضمن وكان ينبغي ان لا يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع
عنه يضمن فكذا من وكيله وان سلم اليه ان يستردها فقيل لا يملك ذلك لانه صار ساعيا في نقض ما اوجبه
بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه اقر على نفسه لا على الغير بل الاقرار
فيه على نفسه لان الديون تقضى بامثالها ولو اقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بانه ايضا ابن
الميت وانكر الاول كان المال بتسليمه من غير قضي المال للاول لانه لما صح اقراره للاول في وقت لا معارض
له انقطع يده عن المال فالاقرار الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح والعرض بان تكذيب
يبطله لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما ادعى للاول ولا يقول بالتزام ذلك اذا دفع
للجميع بلا قضاء كالذي اقر بتسليم الوديعة من القاضي بعد ما اقر لغيره فانه لو كان الحي وقد تقدم
في باب القاضي واما اذا كان الدفع بقضاء كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه من الاقرار قال

بعضا

واذا قسم

واذا قسم الميراث بين الغرماء اذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخر انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما
ان يكون ذكر البينة او لا فان كان الثاني واقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة اوجه احدها ان قالوا تركها
ميراثا لورثته لانهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر
والثاني انهم شهدوا انه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من
غير تلوم وهذا بالاتفاق والثالث اذا شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة
ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا بقدر ما يرى وقدر الطحاوي
مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه وان كان الحاضر
ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه وان كان ممن
يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه اوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه
الله واقلهما وهو الربع والثمن عند ابي يوسف رحمه الله وقول ابي حنيفة رحمه الله مضطرب
فان كان ممن لا يحجب وقد دفعت الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه قال ابو حنيفة رحمه الله
لا يؤخذ منه ونسب القائل به الى الظلم قيل اراد به ابن ابي ليلى وقالا يؤخذ ذلك وان كان الاول يؤخذ
الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة لهما ان القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط والاحتياط
في اخذ الكفيل فيحتاط القاضي باخذه كما اذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة الى رجل اثبت
عنده انه صاحبه فانه يأخذ منه كفيلا وكما لو اعطى نفقة امرأة الغائب اذا استنفقت في غيبته
وله عند انسان وديعة يقر بها المودع وبقيام النكاح فانه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا
ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر يقينا او ظاهرا عند عدم الحجة
فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا او ظاهرا لا يؤخر لحق موهوم كمن اثبت الشراء
من ذي اليد او اثبت على العبد دينا حتى بيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى المدعي
من غير كفيل وان كان حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهما فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم
الى زمان التكفيل وقوله ولان المكفول له ذليل آخر على عدم جواز اخذ الكفيل وذلك لما تقدم
ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرماء فان
قيل اذا اقر به ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول فلا يصح كما لو كفل
اجيب بانه اذا اقر به لم يثبت في ملكه فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان نوعه ما لكلا
محالة واقل ذلك ان يثبت المال له وهو معلوم فكان الكفيل له وتعلق الترتب فيه خلافا فان
ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا للميت لان الكفالة لتوثيق
المطالبة كما مر وهي من الميت غير متصورة وعورض بان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع
على ما تراه وفي ذلك تاخير لحق ثابت قطعا او ظاهرا لما ذكرتم لحق موهوم فدل على ان التاخير
جائز واجيب بان التلوم ليس لحق الموهوم بل انما هو امر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في
طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره
في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة على النفي باطلة بل خبر
يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه كما ليس في طلبه
زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله بخلاف النفقة جواب عما استشهدا به من المسائل
اما مسئلة النفقة فلان المكفول فيها الحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج
والمكفول له وهو الزوج معلوم ايضا فصحت الكفالة واما الآبق واللقطة ففي كل واحد منهما

روايتان قال في رواية لا اخذ منه كفيلا وقال في رواية احب ان اخذ منه كفيلا قال في شرح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ابي حنيفة فلا يصح القياس عليه وقال العتابي اذا دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع قال المصنف لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع قوله وقوله اي قول ابي حنيفة ظلم اي ميل عن سواء السبيل الذي ذكره محمد لما ذكره بقوله وهذا اي اطلاق الظلم على المجتهد فيه يكشف عن مذهب ابي حنيفة رحمه الله ان المجتهد يخطي ويصيب وتقرر ان اصحابنا رحمهم الله المتقدمين برآء عن مذهب اهل الاعتزال في ان كل مجتهد مصيب واعلم ان ذلك مذهب ابي حنيفة واصحابه رحمهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى **قال** واذا كانت الدار في يد رجل اي في يد رجل فاقام آخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كفيل وهذا اي ترك النصف الآخر في يد ذي اليد من غير كفيل عند ابي حنيفة رحمه الله واما عدم الاستيثاق بالكفيل هاهنا فبالاجماع وقالا ان كان الذي في يده الدار جاحدا اخذ منه النصف الآخر وجعل في يد امين ولا يترك في يده لان الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر امين فيجوز ان يترك المال في يده ولابي حنيفة ان القضاء وقع للميت مقصودا والحي يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر في حق المقضي به كونه مختارا له وهي ثابتة فيما نحن فيه فلا ينقض يده بيد من هو مختار له واما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت لتنقطع احتمال ذلك بعقد المطلوب ما لم يكن كما اذا كان من بيع مقرا فانه انما يترك المال في يده لذلك [illegible] بما ذكرناه ووجهه ان الخيانة بالجحود انما تكون باعتبار ما مضى وما سيأتي والاول قد ارتفع بقضاء القاضي فكيف لا يزول الثاني فالظاهر انه لا يجحد في العلم لان الحادثة قد صارت معلومة للقاضي ولمن يلي ذلك وكتب في الخريطة فالظاهر انه لا يجحد المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لانتفاء القاضي والشهود وتشبيهها بالحادثة واحتراق الخريطة امر محتمل فكان الحق محتملا لا يكون ذلك نادرا والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول فالمسألة بحالها فقد قيل يؤخذ منه النصف الآخر لانه يحتاج فيه الى الحفظ واما ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ في الحفظ لانه يحتمل ان يتصرف في خيانته او لزعمه انه ملكه ولا ان نزعه الحاكم ووضعه في يد امين كما هو عند الظاهر فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانه محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصي الام والاخ والعم على الصغير وانما خصهم بالذكر لانهم [illegible] ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه ومن المشايخ من قال المنقول لا يختلف الخلاف وقول ابي حنيفة فيه اظهر بنا على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا تركه في يده كان مضمونا عليه ولو اخذ منه لم يكن مضمونا على الذي وضعه القاضي في يده فكان الترك ابلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لانه لما قيل انه لما جحد ربما يتصرف في خيانته او لزعمه انه ملكه تساقط الفرع نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت يقتضي ثبوت الخلاف في العقار فيسقط الفرق قوله وانما لا يؤخذ الكفيل راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة لا يدري ممن يلك قد لا يسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فينشأ الخصومة والقاضي نصب لقطعها لا لانشائها فان قيل هب ان القاضي لم ينصب لذلك فلكن الخصم هو الحاضر طالب الكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يتحصل تركيب الدليل هكذا الطلب الكفيل هاهنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فيما فرضناه [illegible]

لشيء كان متشبثا له هذا خلف قوله واذا حضر الغائب اختلف المشايخ في وجوب اعادة البينة اذا حضر فمنهم من قال بذلك على قياس قول ابي حنيفة في القصاص اذا اقام الحاضر البينة انه قتل اباه عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادتها ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقا وعليه ان كان الكل بيده كما سيجيء دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك كالوكيل بالخصومة اذا غاب احدهما كان للآخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على احدهم دينا على الميت واقام عليه البينة يثبت في حق الكل ولا يقبل لو صالح احدهم في الخلافة فكانت كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع اجاب بقوله بخلاف استيفائه بنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره وللقائل ان يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونائبا عن غيره فيما زاد ولا يخلو فيه وجوابه ان السائل قال لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك قوله وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت اي للميت او عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مر وقوله الا انه استثناء من قوله لان احد الورثة ينتصب خصما الى قوله وعليه يعني انه لو ادعى احد على احد الورثة دينا على الميت يكون خصما عن جميع الورثة ان كان بيده جميع التركة بذلك ذكره في الجامع وان كان خصما عما في يده لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده **قال** ومن قال مالي في المساكين صدقة ومن قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي يجب فيها الزكاة كالنقدين والقليل منه ولهذا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين محيط بماله لزمه التصدق به فان قضى دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة وان لم تجب الزكاة ولا يجب الصدقة بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وعن زفر انه لو اوصى بثلث ماله فهي على شيء والقياس في الاموال انه يقع ايضا على كل شيء كما قاله زفر لان اسم المال العام يتناول الجميع وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى لان الشرع للعبد ولاية الايجاب مستعدا به لئلا ينزع الى الشركة وايجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو ايجاب معتبر لانه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات او لانه في معنى الصلاة ولانه لانتظار اوقات الصلوات ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كانه في الصلاة واما الوصية فهي اخت الميراث لا اختصاص فيها كالوراثة من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية قوله ولان الظاهر دليل آخر يعني ان الظاهر من حال الناذر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة لان الحوائج عند الحاجة الى ما يقوم به حوائجه الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة واما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فتنصرف الى الكل والارض العشرية تدخل في النذر عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال التي يجب فيها الصدقة ولا تدخل عند محمد وذكر الامام التمرتاشي قول ابي حنيفة مع محمد رحمهما الله لانه اي الارض العشرية والتذكير لتذكير الخبر سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عليه فصارت مثل عبد الخدمة واما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه تمحض

مؤنته لان مصرفه المقاتلة وهم الاغنيا ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال
زكويا او غيره وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة ذكرها في الامالي لان ما املكه اعم من مالي
لان الملك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق
عليهما للشرع قال واختلفوا اذا كان اسم يتصرف الى غير اموال الزكاة ايضا اظهارا لزيادة عمومه
فان قيل الصدقة في الامور المضافة في الشرع باموال الزكاة فزيادة التعميم خرج من الاختيار
الواجب العناية اجاب بان المضاف ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا يختص في لفظة
الملك فيبقى على العموم وفيه نظر لان تخصيصه لا يكون بايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع والصحيح
انهما اي لفظ مالي وما املكه سوا فيما نحن فيه فيختصان بالاموال المذكورة وهي اختيار
الامام شمس الائمة السرخسي لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله
علما مراده ان الاول ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى
وليس براضيه لانا نظر ذلك الوجه بقوله والمعتبر ايجاب الشرع وهو بلفظة المال لعله اشارة الى قوله ولان
الظاهر التزام الصدقة من فاضل وقد قررنا من قبل في رجع الشيء اذ لم يكن له مال سوى ما دخل تحت
الايجاب يمسك من ذلك قوته لانه حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج ان يسال الناس من
يومه وقبيح ان يتصدق بماله ويسال الناس من يومه ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك ولم
يبين محمد في المبسوط مقدارا مما يمسك لاختلاف احوال الناس فيه بكثرة العيال وقلته وقيل المحترف
يمسك قوت يومه لان يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما وصاحب الغلة وهو صاحب الدور والحوانيت
والبيوت التي يوجرها الانسان لغيره لان يده تصل الى ما ينفق شهرا فيمسك شهرا وصاحب الضياع
لسنة لان الغلات تصل اليه ما ينفق سنة فسنة وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله وفي
ايراد مسئلة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار
الفرق بينهما وبين الوصية التي هي اخت الميراث قال ومن اوصى اليه ولم يعلم وجه ايراد مسئلة
الوكالة في فصل القضاء في المواريث ما ذكرنا انفا ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع
شيئا من التركة فهو وصي وبيعه جائز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز وعن ابي يوسف
انه اعتبر الاول بالثاني لان الوصاية انابة اي نيابة جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة
انابة قبله فكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه
الفرق بينهما على ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة لا نيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة والخلافة
لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح بخلاف
الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستنيب والنيابة تتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم
يفت النظر لقدرة الموكل وفي الوصاية لو توقف فات لعجز الموصي فان قيل اذا قال الرجل اشتر عبدي
من فلان فلم يعلم بهذا القول فلان ثم باع عبده صح من غير توقف على علمه اجيب بانه على الروايتين
ووجه الفرق على رواية الصحة انه يثبت ضمنا والكلام يثبت قصدا وهذا كما اذا قال بعت
عبدي ولم يعلم العبد فان فيه روايتين في احدهما يصح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا
فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام مخبر اعلم من الناس بذلك
سوا كان بالكتاب مشافها عدلا او على اضداده ذلك بعد ما كان مميزا تصرفه لانه اثبات حق لا الزام
امر اي اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف واما النهي
عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول

سوا لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن العبد في التجارة
ولابي حنيفة انه خبر ملزم اما انه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام واما انه
ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر
الى كونه خبرا كالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر الى ما فيه من نوع الزام كان
اصلا لم يكن في معناها اصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك وفي خلاف رسول الموكل فانه لا يشترط
فيه شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل احد
في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله قوله وعلى هذا الخلاف يعني الذي ذكره بين ابي حنيفة
وصاحبيه في اشتراط احد شطري الشهادة فيما فيه من الزام المسائل المذكورة قال في النهاية اعلم
ان هذه المسائل كلها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون اذا اخبره
واحد بالحجر عن تلقا نفسه وهو عدل او اثنان يثبت الحجر صدق العبد او كذب وان كان فاسقا
وكذبه لم ينحصر حجرا خلافا لهما وقيد بتلقا نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة
لم يذكرها المصنف هنا والثالثة العبد الجاني اذا اخبر المولى بجنايته اثنان او واحد
عدل فتصرف فيه بعد بعتق او بيع كان اختيارا منه للفدا وان اخبره فاسق فصدقه فكذلك
والا فعلى الاختلاف وعندهما لا يكون اختيارا للفدا لهما واولى النوادر المسلم الذي لم يهاجر اذا
اخبره اثنان او عدل بما عليه من الفرائض لزمته وهي لم يذكرها صاحب الهداية والرابعة الشفيع اذا اخبره اثنان
او عدل بالبيع فسكت سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف قال والخامسة اذا
بلغها البكر تزويج الولي فسكتت سقطت فان اخبرها اثنان او عدل كان رضا بلا خلاف
وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرما باخذ اصحاب
الديون وقبض الثمن فضاع الثمن او استحق العبد لم يضمن العاقد وهو القاضي او امينه
لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام والامام لا يضمن كيلا
يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرما لان البيع واقع لهم
ولهذا يباع بطلبهم ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد كالصبي المحجور
والعبد المحجور عليه وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرما وان
امر القاضي ببيع العبد للغرما ثم استحق او مات قبل القبض وضاع الثمن يرجع المشتري على
الوصي لانه عاقد نيابة فان اوصى اليه الميت فظاهر وان اقامه القاضي فكذلك لان القاضي
انما اقامه نايبا عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه فصار كما اذا باعه
الميت بنفسه في حياته وفي ذلك كان يرجع المشتري عليه وههنا يرجع على من قام مقامه
ثم يرجع الوصي على الغرما لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه الذي اخذ
دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال فيه اختلاف قال لا يجوز ان يرجع بذلك
ايضا لان هذا الضمان لحقه في امر الميت وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العقد وقع
له فلم يكن له ان يرجع على غيره والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين
كان العاقد عاملا له

فصل آخر من هذا الكتاب

جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو ان قول القاضي بانفراده
قبل العزل وبعده مقبول اولا قال واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع
فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع عن هذا
وقال لا تأخذ بقوله ما لم تعاين الحجة وهو رواية ابن سماعة عنه لان قوله يحتمل الغلط
والتدارك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة في زماننا وهي تقتضي ان
لا يقبل كتابه ايضا الا انهم تركوها فيه للحاجة وجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عن امر يملك انشاءه
لان المتولي يمكن من انشاء القضاء ومن تمكن من انشاء شيء اخبر به لم يتهم في خبره وفيه بحث وهو انه
ممكن من ذلك بحجة او بدونها والثاني ممنوع والاول يجر الى ظاهر الرواية من معاينة الحجة
ولان القاضي من اولي الامر وطاعة اولي الامر واجبة ومن طاعته تصديقه فيجب تصديقه
وهذا ظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار وقال الامام ابو ... اذا كان القاضي
عدلا فقيها وعلى هذا تتاتى الاقسام العقلية كما قال الامام ابو منصور فان كان عدلا عالما
يقبل قوله لعدم تهمة الخطأ فان احسن تفسير القضاء بان فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل ان
يقول استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة انه اخذ
نصابا من حرز لا شبهة فيه وانه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله وان
فلا لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا او الشبهة غير دارئة وان كان جاهلا فاسقا او عالما
فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ في الجهل والخيانة في الفسق قال واذا عزل القاضي
فقال لرجل لما فرغ عن بيان ما يخبر به القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد
عزله فان اخبر القاضي المعزول بما مضى فاسند الى حال الولاية فالكلام اما ان يكون
بتصديقه فيما قال فالكلام فيه او بتكذيبه في حقيته او بتصديقه في كونه في زمن الولاية او تكذيبه
فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال
لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال الآخر قضيت بقطع يدك في حق فقال الماخوذ
منه المال او المقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلما فالقول قول القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك
في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر
لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل امور
الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصورة لو اقر القاطع والآخذ بما اقر به القاضي لا يضمنان ايضا
لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وامره بالشيء صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الآخذ معاينا في
حال القضاء وان قال الماخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول
ايضا للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله الى حالة منافية للضمان لان حالة القضاء
~~ودفع القاضي وامره بالشيء صحيح كما اذا دفعه المال الى الآخذ معاينا في حال القضاء وان قال الماخوذ~~
~~ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد وبعد العزل فالقول ايضا للقاضي في الصحيح لان القاضي~~
~~اسند فعله الى حالة منافية للضمان لان حالة القضاء منافية للضمان~~ فالقاضي يدعي انه ... منكر
والقول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت او اعتقت وانا
مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس كان القول قوله فلا يقع الطلاق والعتاق لاضافته
الى حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي
في هذه الصورة بناء على ان المنازعة اذا وقعت في الماضي يحكم الحال وفي هذا الحال فعله موجب للضمان

وهو لهذا

وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه واما في الاولى فقد تصادقا انه فعله وهو
قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الاصل ان يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة
نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر
به القاضي ~~ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل~~ يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول
في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه
بالتصادق لا يقال الآخذ والقاطع في الصورة الثانية اسندا الفعل الى حالة منافية للضمان
فكان الواجب ان لا يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب
الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرا والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي
وجوب الضمان على القاضي ايضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن
الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي
اخذ منه المال لانه صدق المأخوذ منه المال في انه فعله في غير قضائه اذا ادعى انه فعله في غير
قضائه لان الآخذ اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول
المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المآب

كتاب الشهادات

ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج
الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة بالحق امتثال امره بها قال الله
تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا بد من حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار
بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن
المعاينة وفي اصطلاح الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالاخبار
كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظ الشهادة
يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بما
يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب ادائها اما طلب
المدعي منه الشهادة او خوف فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا وشروطها العقل
الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام ان كان
المدعى عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال
الكذب لكن لما شرط العدالة لترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت
موجبة قال الشهادة فرض يلزم الشهود اداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم
كتمانه اكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تاكده وشرط طلب
المدعي تحقيقا لسبب الاداء على ما مر وانما شدد لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ليقيموا
الشهادة لله او ليتحملوها وهم شهداء باعتبار ما يؤول اليه وهو بظاهره يدل على النهي عن الاباء وفيه

سوام

عند الدعوة ولقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه فهو بظاهره يدل
على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت
النقيض الآخر إذ لا يرتفع النقيضان فإذا كان الكتمان منهيا عنه كان الإظهار واجبا وهو الشهادة
لا إظهار فيكون تابعا وثبوته بالأداء وما لا يجب لا يثبت فكان إظهارا للأداء واجبا قال في النهاية
النهي عن الشيء لا يكون أمرا بضده إذا لم يكن له ضد واحد وأما إذا كان فهو أمر به كالنهي عن
الكتمان يكون أمرا بالإظهار فإنه أمر بضده وليس بالصحيح من المذهب لما عرف في أصول الفقه
وإنما يشترط طلب المدعي ويعلم الشاهد أنه لو لم يشهد يضيع حقه فإنه يجب عليه الشهادة ولا طلب
ثمة والجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة فإن الموجب للأداء عند الطلب إحياء الحق وهو فيما
ذكر موجود فكان في معناه فألحق به لا يقال قد مر آنفا أن طلب المدعي سبب للأداء
وهو خلاف ما ذكره المصنف بقوله وإنما يشترط طلب المدعي فإنه يدل على أن طلبه شرط وهو
غير السبب لأن معنى كلامه وإنما يشترط وجود سبب الأداء وهو طلب المدعي فالطلب سبب ووجوده
شرط فلا مخالفة حينئذ فإن قلت إنما جعله شرطا وقوله ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تكتموا
الشهادة سببا قلت نعم لأنه خطاب وضع يدل على سببيته غيره كقوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس
قال والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار لأنه بين حسبتين إقامة حد
الله فيقام عليه الحد وبين أن يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله والستر أفضل لقوله عليه السلام أما
الأول فلقوله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وما نقل من تلقين
الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم فإن فيها دلالة ظاهرة على أفضلية الستر
فإن قيل هذه الأخبار معارضة لإطلاق الكتاب وإنما تصلح ناسخة لإطلاقه وهو لا يجوز بخبر الواحد وأجيب بأن
الآية محمولة على المداينة لنزولها فيها ورد بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق
أن يقال القدر المشترك فيما نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم في الستر والدرء متواتر في المعنى
فجاز به الزيادة وقيل إن الخبر الأول ورد في قصة ماعز وحكايته مشهور فيجوز الزيادة به وفيه نظر
لأن شهرة حكاية ماعز لا يستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر وأما الثاني فلأن الستر والكتمان
إنما يحرم خوفا من فوت حق المحتاج إلى الإحياء والله تعالى غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوات الحق وفيه
صيانة لعرض أخيه المسلم ولا شك في فضل ذلك فكان أولى لأنه يحصل له ثواب الستر من ثواب وهو
منقطع لأن الشهادة في الحدود وإنما يجب ذلك فيها إحياء حق المسروق منه فيقول أخذ ولا يقول سرق محافظة
على الستر ولأنه دائر بين أمرين لاجتماع القطع والضمان وأحدهما حق الله تعالى والآخر حق العبد والستر
الكلي إبطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والإقدام على إظهار السرقة ترجيح حق الله الغني على
حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة قال والشهادة على مراتب
رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى
واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء
ولفظ أربعة نص في العدد والذكورة وأما الإسلام والعقل والعدالة فلأنه لا تقبل إلا بها وأما اشتراط الأربعة
فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى بإشاعة الفاحشة ولا
تقبل شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من
بعده أبي بكر وعمر رضي الله عنهما من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وتخصيصهما بالذكر لما
قد خصهما لقوله صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر ولأن في شهادتهن شبهة

البدلية لقيامها مقام الرجال في غير الحدود قال الله تعالى فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان
على سياق قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام وإنما قال شبهة البدلية لأن حقيقتها إنما تكون
فيما امتنع العمل بالبدل مع إمكان الأصل كما في الآية الثانية وليس شهادتهن كذلك فإنها جائزة مع إمكان
العمل بشهادة الرجلين وإذا كان فيها شبهة البدلية ~~لأن حقيقتها إنما تكون فيما امتنع العمل بالبدل~~
~~مع إمكان الأصل كما في الآية الثانية وليس شهادتهن كذلك فإنها جائزة مع إمكان العمل بشهادة الرجلين~~
~~وإذا كان فيها شبهة البدلية~~ لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود كحد الشرب
والسرقة وحد القذف والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم
فإنه بعمومه يتناول المطلوب وعمومه لما مر من عموم اللفظ فهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ
خلا أن باب الزنا خرج بما تلونا فبقي الباقي على تناوله وقوله ولا تقبل فيها شهادة النساء يجوز أن
يكون نصا بإضمار يقال لأن الآية هذه عقبت بقوله فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليست شهادتهن
فيها مقبولة ووجهه أن القرآن في النظم لا يوجب القران في الحكم وإنما وجب بعدم قبولها لما ذكرنا
من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن فإن قلت ما مسلك الحديث من الآية ههنا أهو
التخصيص أم النسخ قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه أما التخصيص إن ثبتت المقارنة
أو النسخ وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يدل على
تلقيها بالصدر الأول بالقبول فكان مشهورا يجوز الزيادة به قال وما سوى ذلك من الحقوق وما سوى
المرتبتين من بقية الحقوق مالا كان أو غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية رجلان أو رجل وامرأتان
عما تلونا وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها كالإعارة والإجارة
والكفالة والأجل وشرط الخيار واستدل بأن الأصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال
الضبط وقصور الولاية فإنها لا تصلح للإمارة ولهذا أي ولأن الأصل عدم القبول لا تقبل في الحدود ولا
تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها مستثناة من ذلك الأصل في الأموال ضرورة إحياء حقوق
العباد لكثرة وقوعها وتنوعها وتوخطرها فالحق بها ما هو أعظم خطرا وأقل وجودا كالنكاح والطلاق
والرجعة والإسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص ولنا
أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة التي يحصل بها العلم والضبط
الذي يبقى به العلم إلى وقت الأداء والأداء الذي يحصل به العلم للقاضي ولهذا أي ولكون القبول
أصلا فيها يقبل إخبارها في الأخبار ولقائل أن يقول لما ذكرتم ما يبتنى عليه أهلية الشهادة إما أن
يكون علة لها أو شرطا لا سبيل إلى الأول لأن أهليتها بالحرية والإسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط
والأداء ليست بعلة لذلك لا جميعا ولا فرادى والثاني كذلك لعدم توقفها عليها لكن لا يلزم من وجود الشرط
وجود المشروط والجواب أن أهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والإسلام والبلوغ
وأما المشاهدة والضبط والأداء فليست بعلة لها وإنما هي لأهلية متوسطة فإنا لو فرضنا وجود
أهلية الشهادة بالإسلام والبلوغ والحرية والذكورة أيضا وفاته أحد الأمور المذكورة المشاهدة
أو الضبط أو الأداء إذا أدى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته وإذا كانت علة استلزم
وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا يتقدر في كلام المصنف مضاف أي أهلية قبول الشهادة
قوله ونقصان الضبط جواب عن قول الشافعي رحمه الله واختلال الضبط وتوجيهه أن يقال إن
ذلك ينجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا شبهة البدلية فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات
وتقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها أما النكاح والطلاق فظاهر

يثبت بها

لثبوتها مع الهزل وأما الوكالة فتقبل فيما ثبت لا وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت مع
أما النكاح والطلاق والعتاق فظاهر لثبوتها مع الهزل وأما الوكالة والإيصاء والأموال فإنه يجري فيها
كتاب القاضي والشهادة على الشهادة وذلك أمارة ثبوتها مع الشبهة فكذلك تثبت بشهادة النساء
مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الأول
أنه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك أن للنفس الإنسانية أربع مراتب
الأول استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع أفراد الإنسان في مبدأ فطرتهم
والثانية أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر
ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير
افتقار إلى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابع هو أن يستحضرها ويلتفت إليها مشاهدة ويسمى
العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة
حالهن في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبه أن يثبت فلو كان في ذلك
نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان وليس كذلك وقوله
صلى الله عليه وسلم ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة
والإمارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضا فتأمل قوله وعدم قبول الأربع جواب عن قوله
ولا تقبل شهادة الأربع وجهه أن القياس يقتضي قبول ذلك أيضا تركناه لكان الآية
خروجهن **قال** وتقبل في الولادة والبكارة اختص قبول شهادة امرأة واحدة في الولادة
والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرها فهو قصر إفراد
قصر الموصوف على الصفة لا عكسه كما فهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة رجل فيها لقوله
صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه ووجه الاستدلال أن الألف
واللام إذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف إلى الجنس فيتناول الواحد فما فوقها على ما
عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في اشتراط الأربع بناء على أن كل امرأتين تقومان
مقام رجل واحد في الشهادات وقوله والولاية دليل معقول لنا ووجهه أن الذكورة سقطت
بالاتفاق لخفة النظر لأن نظر الجنس أخف وفي إسقاط العدد تخفيف النظر فصار إليه
لأن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الإلزام واعترض في هذا التعليل بما يتضمنه لأنه لو كان
جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة والجواب
أن تعيين الخفة النظر يوجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الإلزام يقتضي وجوبه فعملنا
بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا ثم حكمها الحكم شهادة امرأة واحدة في الولادة
شرحناه بولد لستة أشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة
وإن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة
وثبتت الولادة بقول امرأة وعندهما يثبت بشهادة القابلة وأما حكم البكارة فإنها
سواء كانت مهرة أو مبيعة لا بد من نظر النساء إليها للحاجة إلى فصل الخصومة بينهما فإذا نظرن
إليها وشهدت فجاءت إما يثبت بشهادتهن حق أو لا فإن كان الأول كانت شهادتهن حجة
وإن كان الثاني فلا بد أن يضم إليها ما يؤكدها فعلى هذا إذا شهدنا بأنها بكر فإن كانت مهرة
يؤجل العنين سنة ويفرق بعدها لأن شهادتهن تأيدت بالأصل فهو البكارة وإن كانت مبيعة
بشرط البكارة فلا يمين على البائع بذلك ويقتضي المبيع وهو اللزوم وإن قلنا إنها ثيب يحلف

البايع

البائع ليفسخ نكوله إلى قولهن لأن الفسخ قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فيحلف
بعد القبض بالله لقد سلمها بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد بعتها وهي بكر فإن حلف لزم
المشتري وإن نكل يرد عليه شرعا في قبول شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد
بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث بأن العيب يثبت بقولهن يبقى في حق سماع الدعوى
والتحليف فإن المشتري إذا ادعى عيبا في المبيع لا بد من إثبات قيامه به في الحال ليثبت
له ولاية التحليف وإن كان القول للبائع لتمسكه بالأصل فإذا قلن إنها ثيب ثبت العيب في الحال
وعمل بالحديث ثم حلف البائع على أنه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده
وأما شهادتهن على استهلال الصبي فلا تقبل في حق الإرث عند أبي حنيفة رحمه الله غير مقبول
لأن الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا يكون شهادتهن فيه
حجة وكشهادتهن على هلال رمضان وعندهما في حق الإرث أيضا مقبولة لأنه صوت عند الولادة
والرجال لا يحضرونها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة فهي نفسها لو لدعي الأم وذلك
لا يباشره الرجال فيه النساء **قال** ولا بد في ذلك كله من العدالة لا بد في المال وغيره مع ما ذكرنا من
شرط الشهادة العدالة وهي كون حسنات الرجل أكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب
عن الكبائر وترك الإصرار على الصغائر ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد عند الشهادة
أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت أما اشتراط العدالة فلقوله تعالى
ممن ترضون من الشهداء والفاسق لا يكون مرضيا ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم ولأن
الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة هي المعينة للصدق فهي علة الحجية وما سواها
من معدات لأن من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه أيضا وعن أبي يوسف
أن الفاسق إذا كان وجيها إذا قدر وشرف في الناس ذا مروءة الإنسانية والحزم وتشديد
الرأي وفيها تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والأول يعني عدم
قبول شهادة الفاسق مطلقا وحجيتها لو أمر كان أولى وأصح لأن قبولها إكرام للفاسق ونحن
أمرنا بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم إذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمكفهر العبوس
لا مروءة له لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص
نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وأشهدوا
إذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين وقال صلى الله عليه وسلم إذا علمت مثل الشمس فاشهد
وإلا فدع ولأن في لفظة الشهادة زيادة تأكيد لأنها على المشاهدة ولأن قوله أشهد
من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد وهو المقصود كما في لفظ
التكبيرة للافتتاح فإن ثم التعظيم يجوز تبديلها بما هو أصرح منه وقوله في ذلك يريد به
ما وقع في المختصر عن قوله ولا بد في ذلك أي في جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظ
الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها والصحيح لأنه شهادة كما تقدم أن فيه معنى الإلزام
حتى اختص بمجلس القضاء وإن اشترط فيه الحرية والإسلام وقوله هو الصحيح احتراز عن
قول العراقيين فإنهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة فإذا ادعى المدعي الشهود وأتحاد أمارات
يطعن الخصم فيهم أولا فإن كان ذكرنا الثاني قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة
في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول
بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف وروي مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولأن الظاهر هو

الا محدودا في قذف

في التعديل

الا بنجارة هو محرم دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا
يثبت المدعي به استحقاقه بإقامة البينة والجواب ما اشار اليه بقوله او لا وصول الى القطع وبيانه انه لو لم يكتف
بالظاهر لاحتاج الى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل انما هو بالظاهر فلما كان الظاهر ان
قول المزكي صدق فالكلام فيه كالكلام في الاول هلم جرا او يفضي الى التسلسل ويجوز ان يقال الظاهر
ههنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق وبيان ذلك ان دعوى المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة
الشهود وبراءة الذمة كذلك وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعا وقوله الا في
الحدود والقصاص استثناء من قوله فلا يسأل حتى يطعن الخصم الا في الحدود والقصاص
فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها فلا يسأل حتى يطعن
الخصم الا في الحدود والقصاص ولان الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها عسى يطلع على ما يندفع
به ذلك وان كان الاول يسأل عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود معارض
بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر ان المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل حطام الدنيا
فيحتاج القاضي حينئذ الى الترجيح وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية
في جميع الحقوق لان مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من التعرف عن
العدالة في السؤال صون القاضي عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا او ذكر
هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة اجاب في زمانه وكان الغالب فيهم
عدولا اجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك ابو حنيفة لقال
بقولهما والفتوى على قولهما في هذا الزمان قال والتزكية في السر ان التزكية على
نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالاولى ان يبعث الحاكم المستورة وهي الرقعة
التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد امينه الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام
الى المعدل فكتبوا فيها النسب والحلى بكسر الحاء وضمها جمع حلية الانسان صفته وما يرى
منه من لونه وغيره والمصلى اي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغي ان يبعث الى من هو
عدل لا يكون الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره
لا يكون طماعا ولا فقيرا يتوهم خداعه بالمال فقيها يعرف اسباب الجرح والتعديل من جيرانه
واهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة
فمن عرفه بالفسق لا يكتب تحته شيئا احترازا عن الهتك او يقول الله اعلم الا اذا عدله غيره وخاف
انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة
او فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها العدل الى الحاكم وينبغي ان يكون كل ذلك سرا
كيلا يظهر فيخدع او يقصد بالاذى والثانية ان يجمع القاضي بين المعدل والشاهد فيقول
المعدل هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره فان الشخص قد يتفق
في الاسم والنسبة وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم
لان القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى ووقع
الاكتفاء في السر في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل
القاضي عن اسلامه وحريته وانما يسأل عن عدالته قال ابو حنيفة رحمه الله على طريقة قوله
في المزارعة هذا التخريج على قول من يقول بالسؤال اذا سأل لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول الا انهم
اخطأوا او نسوا ويقبل اذا قال صدقوا وهم عدول صدقه لانه يعترف بالحق وعن ابي يوسف ومحمد

انه بتزكيته لكن عند محمد يتم تزكيته احتاج الى تزكيته لان العدد شرط عنده هذا اذا كان عدلا
يصلح مزكيا فان كان فاسقا او مستورا وسكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه قال
هم عدول لا يصح هذا التعديل لان العدالة شرط في المزكي عند الكل ووجه ان الرواية
ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصح معدلا لاشتراط
العدالة فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان
مقبولا لان العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب انه لا اقرار فيه بالنسبة الى
ما عليه لانه نسبهم في ذلك الى الخطأ والنسيان فاني يكون اقرارا قال واذا كان رسول
القاضي الذي يسأل عن الشهود بلفظ المبني للمفعول واحدا جاز والاثنان افضل عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز الا اثنان ذكر في الجامع الصغير ان المراد
بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك في ذلك لان الفعل مبنيا للمفعول وعلى هذا الخلاف رسول
القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله ان التزكية
في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية وولاية القضاء
تبتني على ظهور التزكية واذا كانت في معناها يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط
العدالة ويشترط الذكورة في الحدود والاربعة في تزكية شهود الزنا ولهما انه
ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء ولا يشترط فيه ما اشترط
فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة امر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس لان
القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان القطاعة انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق
انما هو بالعدالة لا العدد كما في رواية الاخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل
لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها الى التزكية فان قيل يلحق بها بالدلالة
وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب انما الحق لو كان في معناه من كل وجه
وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الالحاق والتعدية جميعا قال ولا يشترط اهلية الشهادة في
تزكية السر لا يشترط في المزكي فيها اهلية الشهادة فيصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والولد
لوالده وعكسه فاما تزكية العلانية فتنافي عدم اشتراط ذلك كما في تزكية السر لان المزكي في السر
هو المزكي في العلانية والجواب ان الخصاف شرط ان يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية
فيجوز ان تكون العدد شرطا في احدهما دون الآخر واليه اشار بقوله على ما قاله الخصاف وقال
في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر اما عندنا فالذي
يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية قال لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان انواع
ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين احدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد

فصل وما يتحمله الشاهد على ضربين

مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم ورأي ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له ان
يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه وكل من علم
ذلك كان له الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال
صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قيل جعل العلم بالموجب ركنا في الاداء مخالف
للنصين جميعا فانهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته اذ الاحوال المشروطة موضوعة للشرط واجيب
بانه مجاز عن الشرط ولعل عبر عنه بذلك للاشارة الى شدة احتياج الاداء اليه قال ويقول اشهد انه
باع اذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد اشهد انه باع ولا يقول اشهدني

ومن ثم علم ان ما في هذا المقام كلام غير منقح مبني على حقيقة الشهادة في الشهادة فيا وليس في كلام المصنف ان نقل شهادة الاصول الى مجلس القضاء موقوف على
بل كلامه يحتاج الى توجيه بما ذكرنا والمسلك الذي ذكره الشارح غير تام لانه لا بد من اثبات ان لا نقل الا بالشهادة على الشهادة [illegible] الاتحمل

لانه كذب ولو سمع الاقرار منه ورأى جالسا بجمع عن رؤية شخص المقر لا يجوز ان يشهد ولو فسر للقاضي
بان قال اشهد بالسماع منه وراء الحجاب لا يقبله لان النغمة وهو الكلام الخفي تشبه النغمة والشبهة
لا تفيد العلم فانتفى المطلق للاداء قوله الا اذا كان استثناء من قوله لا يجوز له ان يشهد الا اذا
كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع
اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بانها فلانة بنت فلان جاز له ان يشهد حينئذ وكذا
اذا رأى شخص المقر حال الاقرار لرقة الحجاب وليس رؤية الوجه شرطا ذكره في الذخيرة لانه
حصل العلم في هذه الصورة قال ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه النوع الثاني من الشهادة
ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد فاذا سمع
شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته لان الشهادة اي شهادة الاصول غير موجبة بالنقل
الى مجلس القضاء ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل ولا اشارة الى مذهب محمد رحمه الله فانه
يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل والثاني اشارة الى مذهب ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله فانهما يجعلانه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام انما
على قول ابي حنيفة وابي يوسف فانه يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يصح بعبارة ما هو حجة في
والشهادة في غير مجلس القاضي ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي لتصير حجة فيتبين ان
الاصل حصل بما هو حجة فلم يكن بد من النقل لكن بد من التحميل وفيه مطالبة لانا سلمنا ان
النقل لا بد منه لكن توقفه على التحميل يحتاج الى بيان فلو تكلمنا فيه ان نقول الشهادة على
الشهادة تحميل لانا لا نعني بها الا ذلك ولا تحميل فيها لا يشهد به لما بينا وعلى هذا اذا سمع
الشاهد يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل
للشاهد اذا رأى خطه الشاهد اذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد لان
الخط يشبه الخط والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله بناء على انه
لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ ولهذا قلت روايته لانه شرط في الرواية الحفظ من وقت السماع
الى وقت الاداء وعندهما يحل له ذلك رخصة وقيل هذا اي عدم حل الشهادة بالاتفاق وانما
الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا عنده فاثبته في قمطره اي خريطته
وجد المشهود له يطلب الحكم في محفظة الحاكم او قضيته اي وجد حكمه مكتوبا في خريطته
كذلك فان ابا حنيفة رحمه الله لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي لكثرة
اشتغاله يتعذر ان يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جاز
له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فان كان في قمطره تحت ختمه
فالظاهر انه لم يصل اليه يد غيره والقاضي مأمور بالتثبت ولا كذلك الشهادة في الصك
لانه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبر قوم
ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت فانه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل له ذلك عند
ابي حنيفة قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه قد تقدم ان العلم شرط اداء الشهادة
فلا يجوز ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه
يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهو استحسان والقياس ان لا يجوز
لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاشتقاق الكبير قد تقدم معناه في اول الكتاب وذلك
بالعلم اي بالمكاشفة وكانه من باب القلب لان العلم يكون بالمشاهدة ويجوز ان يكون معناه

بالمشاهدة

المشاهدة

المشاهدة ولا يكون بسبب من هو اسباب العلم غير حصل فصار كالبيع فانه لا يجوز للشاهد ان
يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة ووجه الاستحسان ان هذه الامور الخمسة لو لم تقبل
فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها امور تختص بمعاينة اسبابها
خواص من الناس لا يطلع عليها الا هم وقد يتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون كالارث والمؤنة
والنسب والنكاح وثبوت الملك في فصل القاضي وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب
في الدخول فلو لم تقبل بالتسامع ادى الى ذلك وهو باطل بخلاف البيع لانه مما يسمعه كل احد فان
قيل على هذا الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما نحن فيه
اجاب بقوله وانما يجوز للشاهد يعني لا نسلم ان لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد
ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب وبين ان العدد
فيمن يثق به شرط وهو ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وعلى
هذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة فلا يجوز الشهادة بما لم
يشتهر ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر واذا ثبتت الشهادة عندهما بالعدلين
يشترط ان يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة علم وقيل يكتفي بلفظة
الخبر وقيل يكتفي في الموت باخبار رجل واحد او واحدة فرقوا جميعا بين الموت والاشياء الثلاثة
اي النكاح والولادة وتقليد الامام لان الغالب ان لا يكون بين الجماعة اما النكاح فانه
لا ينعقد الا بشهادة اثنين والولادة فانها تكون بين الجماعة في الغالب وكذا التقليد للامام القضاء
واما الموت فانه مما لا يشاهده غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون اشتراط العدد
بعض الحرج بخلاف النسب والنكاح وغيره وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بيان لكيفيته للاداء وينبغي
ان يطلق ذلك فيقول في النسب يشهد انه فلان ابن فلان كما تشهد ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما
ابنا ابي قحافة والخطاب ولم نشاهد شيئا من ذلك فاما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع
لم يقبل كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة واذا فسر بانه انما يشهد لانه رآه في
يده لا يقبل كذلك هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القاضي يدخل عليه الخصوم حل له ان
يشهد بكونه قاضيا وان لم يعاين تقليد الامام اياه واذا رأى رجلا وامرأة يسكنان
بيتا وينبسط كل منهما الى الاخر انبساط الازواج جاز له ان يشهد بالتسامع كما يشهد بامهات
المؤمنين ازواج النبي صلى الله عليه وسلم وعلى الرواية الاولى وقيل لا يقبل لانه لما قال لم
يعاين العقد تبين للقاضي انه يشهد به بالتسامع ولو قال اشهد لاني سمعت لا يقبل لانه
[illegible] وكذا هذا ومن شهد انه دفن فلانا او صلى على جنازته فهو
معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله لانه لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قال اشهد ان
فلانا مات اخبرني بذلك من نثق به جازت شهادته هو الاصح واما الشهادة على الدخول
بالشهرة والتسامع فقد ذكر الخصاف انه لا يجوز لانه امر يتعلق به احكام مشهورة كما ذكرنا فيقتضي
عدم قبولها حرج وتعطيل وقوله ثم قصر الاستثناء في الكتاب بيان ان الشهادة بالتسامع هل
هي مشهورة محصورة فيما ذكر في الكتاب اولا ففي ظاهر الرواية محصورة وعن ابي يوسف انه
يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب بالتسامع
جائزة كما مر فكذا على الولاء الا ترى انا نشهد ان قنبر مولى علي وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله
عنهم وان لم ندرك ذلك وعن محمد انها تقبل في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار والجواب

عن قول ابي يوسف ان الولي يشهد على ان له ملك البائن ولا بد فيه من المعاينة لانه يحصل بكلام
يسمعه الناس والنسب كالولادة فلا حاجة فيه الى اقامة التسامع مقام البينة قال شمس الائمة
السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالاجماع واما الوقف فذهب بعض المشايخ الى
انها لا تحل فيه بالتسامع لا تقبل بالاجماع واما الوقف فذهب بعض المشايخ الى انها تحل فيه
بالتسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تحل بالتسامع في اصله كما ذكرنا وقال بعضهم
تقبل في اصله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر ولا
بد من بيان الجهة بان يشهدوا ان هذا وقف على هذا المسجد او المقبرة وما اشبهه حتى لو لم يذكروا
ذلك في شهادتهم لا تقبل كذا في الذخيرة قال ومن كان في يديه شيئا الرجل راى عبدا في يد رجل ثم
راه في يد غيره وكان يدعي عليه الملك وسعه ان يشهد بانه للمدعي لان اليد اقصى ما يستدل به
على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان قد يعاين البيع او غيره من الاسباب
كان في الدلالة لئلا يكون سد باب الشهادة المفتوح بالاجماع فانها اذا لم تجز تعطل القضاء بها
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة
العلم بالنص وعند اعوازه ذلك يصار الى ما يشهد به القلب قالوا ويحتمل ان يكون هذا اي
ما ذكره من شهادة القلب تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية وهو قوله وسعه ان يشهد انه
له يعني اذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذلك كافيا في الشهادة لقبلها القاضي اذا قيد
الشاهد بما استفاد العلم من معاينة اليد وليس كذلك واجيب بانا جعلنا العيان يجوز للشاهد
ان يتقدم على الشهادة وذلك كمحو ثابت لما قلنا واما ان يلزم القاضي به العمل فلم نلتزمه
ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها واراد ذو اليد
ان ياخذها بالشفعة فانكر المشتري ان تكون الدار ملك الشفيع القاضي لا يقضي له عند انكار المشتري
لان العيان ليس سببا للوجوب وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه
قال بعض مشايخنا وهو الخصاف لان اليد متنوعة الى نيابة وملك فلا بد من ضم التصرف اليها
والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل لا يزيد الاحتمال فلا ينتفي العلم ثم هذه المسئلة على
وجوه اربعة بالقسمة العقلية لانه اما ان عاين الملك والمالك او لم يعاينهما او عاين الملك
دون المالك او بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بنفسه بوجهه واسمه
ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه وراه في يده وقع في قلبه انه له حل له ان يشهد
لانه شهادة من علم وان كان الثاني وسمع من الناس ان لفلان بن فلان ضيعة في بلد
كذا حدودها كذا لم يحل له ان يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين
الملك بحدوده ونسب الى فلان بن فلان الغلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس
ان لا يحل له الشهادة لان الشهادة بالملك لا تكون مع جهالة المالك المشهود له وجهالة
المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا الشهادة للمشهود له وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم
والنسب يثبت بالشهرة والتسامع في الاموال فهو باطلة واجيب بان الشهادة بالنسبة الى
النسب قصدا وهو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك والاعتبار للمتضمن وان كان الرابع فهو
كالثاني يعني لا يحل له ان يشهد المشهود به قوله واما العبد والامة مردود الى قوله سوى العبد والامة وتقريره
ان الرجل اذا راى صبيا او امة في يد شخص فلا يخلو اما ان يعرف رقهما اولا فان كان الاول لا يحل
له ان يشهد انهما ملك من هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان الثاني فاما ان يكونا

صغيرين لا يعبران عن انفسهما او كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يد لهما على انفسهما وان كان
الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقلا كان او بالغا فذلك مصرف جهتنا بقوله سوى العبد والامة
فان اليد في ذلك لا تدل على الملك لانهما في ايدي انفسهما وان كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه
يدفع يد الغير عنهما كما يحتاج الصبي الذي يتعلق انه اقر بالرق على نفسه لغيره جاز وصنع به
المقر له ما يصنع بمملوكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كان لتعبيرهما عن انفسهما
لا غير بدعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعي رقهما واجيب بانه انما لم يعتبر ذلك لثبوت
الرق عليهما المعلوم في الصغر وانما المعتبر ذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وكذا روي عن ابي يوسف ومحمد
فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكل الا ترى ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره وذو اليد
يدعي الملك لنفسه فالقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده كما في الثياب والدواب
والفرق ما بينا وهو قوله لانه لهما يد على انفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما بخلاف الثياب

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما فرغ من بيان ما يتحقق فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن
لا تسمع وقدم ذلك على هذا لانه محل الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط
واصل رد الشاهد ومبناه التهمة قال النبي صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم ولان الخبر يحتمل الصدق
والكذب وحجيته بترجيح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح وقد يكون لمعنى في الشاهد
كالفسق فان من لا ينزجر عن الكذب من محظورات دينه لا ينزجر عنه ايضا فكان متهما
بالكذب وقد يكون بالعجز كما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى فاذ
لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون قال ولا تقبل شهادة الاعمى شهادة الاعمى اما ان
تكون في الحدود والقصاص او لا فان كان الاول لا تقبل عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن ابي
حنيفة وان كان الثاني فان كان بعيدا وقت التحمل المشهود به منقول قبلت عند ابي يوسف
الابصار عند التحمل وعندهما اشتراط حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء اما عدم
القبول في الحدود والقصاص فلانهما تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى يقام
مقام المعاينة والحدود لا يثبت بما يقوم مقام الغير واما وجه قول زفر ان الحاجة فيه الى السماع
ولا خلل فيه والجواب ان من لا تقبل شهادته فيما يجري فيه التسامع لا يقبل فيما لا يجري فيه ذلك
كالصبي والمجنون وسياتي جواب اخر واما وجه قول ابي يوسف والشافعي فهو ان
العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح منه الاداء لا محالة والاداء
انما يكون بالقول ولا خلل في القول لان لسانه صحيح وكان المقتضي لصحة التحمل والاداء موجودا
والمانع وهو عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة اذا شهد على الميت
الغائب عليه من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكر النسبة والجواب لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
انا لا نسلم ان القول يستبد بحصول الاداء بل الاداء مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود

عليه ولا الأعمى إلا بالنغمة وفيه أي في النغمة بل وفي الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود
فإن بالشهود البصراء كثرة فيهم غنية عن شهادة الأعمى والمراد بالتمييز بالإشارة التمكن منه لئلا
يشكل بالشهادة على الغائب لأجل كتاب القاضي إلى القاضي فإنها تقبل والإشارة التمكن منه
لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الأعمى بنفي قوله يمكن التحرز عنها إشارة إلى الجواب عن الميت فإن
الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لأن المدعي وإن استكثر من الشهود يحتاج إلى إقامة الاسم
والنسبة مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته وإلى الجواب عما يقال فقد اعتبرتم
النغمة مميزة كالأعمى فيما هو أعظم خطرا من الأموال وهو وطئ زوجته وجاريته فإنه لا تمييز
عن غيرهما إلا بالنغمة وذلك نقض وتقريره ذلك أن الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورة
بخلاف ما نحن فيه ولا يشكل انتفاء المانع فإن انتفاءه يحصل التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب
دون الحاضر وفيه أيضا إشارة إلى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص في كون النسبة
غير مفيدة للتعريف وأما وجه أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لمنع القضاء بالعمى الطارئ بعد الأداء
فهو أن شرط القضاء قيام أهلية الشهادة وقت القضاء لضرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام
لها بالعمى فصار كما لو خرس أو جن أو فسق فإنهم أجمعوا على أن الشاهد إذا خرس أو جن أو ارتد بعد
الأداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته والأمر الطارئ في ذلك إنما يمنع الأداء القضاء لأن المقصود
من أدائها القضاء وعند أبي يوسف لا يمنع الأداء فلا يمنع القضاء فكذلك بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا
جواب عما يقال إن شرط آه قيام الأهلية بالموت انتهت والشيء يتقرر بانتهائه وبالغيبة ما بطلت
قال ولا المملوك لا تقبل شهادة المملوك لأن الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فالأولى
أن لا يكون له ولاية متعدية ولا المحدود في القذف لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ووجه
الاستدلال أن الله نص على التأبيد وهو ما لا نهاية له والتنصيص عليه ينافي في السؤال في وقت في القذف
وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف ولأنه تعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا
عن القذف كالحد والحد هو الأصل يبقى بعد التوبة لعدم قبوله لها فكذا تتمته اعتبارا له
بالأصل قوله بخلاف المحدود في غير القذف جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق لقوله تعالى
وأولئك هم الفاسقون والفاسق إذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف فإنه من تمام الحد
كما ذكرنا وليس للفسق إذ الحكم الثابت له التوقف لقوله تعالى إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا الآية
لا النفي عن القبول وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى إلا الذين تابوا استثنى التائبين
والاستثناء ينصرف إلى الجميع فيكون تقريره ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا إلا الذين تابوا والجواب ينصرف إلى
ما يليه وهو قوله وأولئك هم الفاسقون وهو ليس معطوفا على ما قبله لأن ما قبله طلبي وهو
إخباري فإن قلت فاجعله معطوفا على الطلبي لتضمنه في قوله وبالوالدين قلت تأباه ضم الفصل فإنه يفيد
حصر أحد المسندين في الآخر وهو ينافي الإخبارية سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة
الواحدة وهو خلاف الأصل سلمناه لكنه كان إذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كأصل الحد وهو ينافي
ظاهر سلمناه لكنه كان إذا لمجاز عن حكم غير منطوق به وليس بمعهود و
لكنه جعله مجازا ليس بأولى من الاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا أولى دفعا للمجازات وتمام
العثور على هذا البحث يقتضي مطالعة تقريرنا في الاستثناء إلا الفاسق قوله ولو حد الكافر إذا حد
الكافر في قذفه ثم أسلم تقبل شهادته بعد ذلك على الكفار وإذا أسلم جازت شهادته مطلقا لأن للكافر شهادة

على مثله

على مثله ومن له ذلك وحد في قذف كان رد شهادته من تتمة حده وبالإسلام حدثت له شهادة مطلقة
عليه ولم يكن له ذلك فلا يكون الرد من تمامها والعبد إذا حد في القذف ثم أعتق لم تقبل شهادته لأنه لم تكن له شهادة
أصلا فإن بعد العتق فيجعل ردها من تمام حده وكذلك بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج إلى دار
الإسلام وبين العبد إذا حد في القذف حيث جعل القذف قائما في حقه إلى حصول أهلية الشهادة ولم
يجعل الزنا قائما إلى حصول نفاذ الولاية وفرق بينهما لأن الزنا لم ينعقد موجبا في دار الحرب للحد
لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا في حق الأصل فيوجب الوصف عند إمكانه واعترض على
كلام المصنف بأنه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الإعتاق لأنه إذا حد بعد الإعتاق ترد
الشهادة أيضا لملاقاة الحد وقت قبول الشهادة فأوجب الرد وأما إذا قذف الكافر مسلما
ثم أسلم فحد في حال إسلامه لم تقبل شهادته ولو حد قبل الإسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل
الإسلام مفيدا والجواب أن فائدته تطبيق المسألتين في عروضهما لغرض بعد الجمع ووقوع الاختلاف
المحوج إلى الفرق فأما أن الشهادة لا تقبل بعد الإعتاق كما لا تقبل قبله فلا ينافيه قال
ولا تقبل شهادة الوالد لولده ولا لولد ولده ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده لقوله صلى
الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج
لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره قيل ما في الحديث قوله لسيده
فإن العبد لا شهادة له أصلا وأجيب بأنه ذكر على سبيل الفرض أي إنه صلى الله عليه وسلم
لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكأنه قال لو ثبتت شهادة العبد في موضع من المواضع على
سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع
الزكاة إليهم واتصالها يوجب أن تكون الشهادة لنفسه من وجه أو أن تتمكن فيه شبهة قال
المصنف رحمه الله المراد بالأجير على ما قالوا الشاكرد التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه
ونفعه نفع نفسه قيل التلميذ الخاص هو الذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجرة معلومة وهو معنى
قوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع بأهل البيت من التبوع لأنه بمنزلة السائل يطلب
معاشه منهم وقيل المراد به الأجير مشاهرة أو مسانهة وهو الأجير الواحد فيستوجب الأجر إذا
كان كذلك يستوجب الأجر بمنافعه وإذا كانت الشهادة من جملتها فيصير كالمستأجر عليها وهو استحسان
تركه وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه إذ المسألة فيما شهد له
ملكه ولا حق ولا شبهة استيلاء بسبب اتصال المنافع ولهذا جازت شهادة الأستاذ له ووضع
الزكاة فيه لكن الإجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس وأما شهادة
الأجير المشترك فمقبولة لأن منافعه غير مملوكة للأستاذ ولهذا له أن يؤجر نفسه من غيره في مدة
الأجرة قال ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر وقال الشافعي رحمه الله تقبل لأن
جوزه لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متميزة أي يد كل واحد منهما متمكنة بنفسها عن متصرفة
في ملك الآخر غير متعدية إليه ولهذا يجري القصاص بين أحدهما والآخر ويحبس بدينه وكل من كان كذلك تقبل
شهادته في حق صاحبه كالأخوين وأولاد العم وغيرهم ثم يقال لا تقبل شهادة أحدهما للآخر ينتفع الشاهد
لأن كل واحد منهما ينتفع بمنفعة صاحبه لنفسه لأن ذلك ليس بمقتضى بل حصل في ضمن الشهادة
فلا يكون معتبرا كرب الدين إذا شهد لمديونه الدين وهو مفلس فإنها تقبل وإن كان له فيه
نفع لحصوله ضمنا ولنا ما روينا من حديث عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لا يجوز
شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولأن الانتفاع متصل

ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال ظننت انها تحل لي لا يحد وهو اي الانتفاع هو المقصود من الاموال
فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما في شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم
مردودة قوله بخلاف شهادة الغريم جواب عما ذكره الشافعي رحمه الله ووجهه ان الغريم لا يد
له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا تصرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه قواما عليها
هو الذي يتصرف في مالها عادة ولا يقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه يأخذ لان الظفر امر مبهم
وحق الاخذ بعد ثبوته ولا كذلك الزوجات قال ولا شهادة المولى لعبده لا تقبل شهادة المولى
لعبده لما روينا ولانه شهادة له لنفسه من وجه او من كل وجه وذلك لانه لا يخلو
اما ان يكون على العبد دين اولا فان كان الاول فهي له من وجه لان الحال موقوف مراعي بين
ان يصير العبد للغرما بسبب شغلهم في دينهم وبين ان يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه من كسب
الثاني فهي له من وجه لان العبد وما يملكه لمولاه ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه لما قلنا من
كون الحال موقوفا مراعي لانه ان ادى بدل الكتابة صار اجنبيا وان لم يؤد عاد رقيقا فكانت شهادة
لنفسه ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وذلك باطل
الكل لكونه غير متجزية اذ هي شهادة واحدة ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة قيل هذا
اذا كانا شريكين عنانا اما اذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة احدهما لصاحبه الا في الحدود
والنكاح لان ما عداهما مشترك بينهما فكانت شهادة لنفسه من وجه قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه
وشهادة الرجل لعمه ولسائر الاقارب غير الولاد لانتفاء التهمة بتباين الاملاك ومنافعها ولا
تقبل شهادة مخنث هو في العرف من عرف بالرخص الافعال اي التكسر من افعال فاما الذي في
كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية لانهما يرتكبان المحرم فانهما
في المال قال الدليل نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الاحمقين المغنية والنائحة وصف
الصوت بصفة صاحبه وقيد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا والتغني للهو
معصية في جميع الاديان قال في الزيادات اذا اوصى بما هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب وذكر
منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصا اذا التغني من المرأة فان رفع الصوت منها حرام
فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيدها ههنا بقوله للناس وقيد به فيما بعد هذا في غناء
الرجل ولا مدمن الشرب وغيره من اللهو لانه ارتكب محرم دينه والمدمن به كل من ادمن
على شرب شيء من الاشربة المحرمة خمرا كانت او غيرها من السكر ونقيع الزبيب والمنصف وقيد بالادمان
ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرب الخمر بيته مقبول الشهادة وان كانت كبيرة ولا من يلعب
بالطيور لانه يورث غفلة لا يؤمن معها الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع
لعب ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره وذلك فسق اما اذا كان يمسك
الحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا خرجت من البيت فانها تأتي بحمام غيره فتفرخ
في بيته فيبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكل الحرام وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو
المغني فهو مستغنى عنه بقوله ولا من يغني للناس فانه اعم من ان يكون مع آلة اللهو او لا واعلم ان
عن ذكره من المغنية لانها كانت على الاطلاق وهذا يفيد كونه للناس حتى لو كان تغنيه في نفسه لازالة
وحشته لا بأس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختاره المصنف كما قال لانه
لا يجمع الناس على ارتكاب كبيرة واستدل ذلك ما روي عن انس بن مالك انه دخل على اخيه البراء بن مالك
وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام

خواهرزاده

خواهرزاده وحمل حديث البراء على انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد
ينطلق على ذلك قال ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق وسقطت
عدالته وهذا بناء على ان الكبيرة اعم مما فيه حد وقيل ما قال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع
التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والفرار من
الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنى وشرب الخمر وقال
بعضهم ما كان حراما بعينه فهو كبيرة ولا من يلعب بالنرد والشطرنج شرط اجل الامرين
وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة بمجرده لقوله صلى الله عليه وسلم ملعون
من لعب بالنرد والملعون لا يكون عدلا وجوز ان يكون اراد بما تجرد اللعب بالشطرنج فليس
بفسق مانع من قبول الشهادة اشارة الى ذلك قوله لان للاجتهاد فيها مساغا قيل لان مالكا
والشافعي رحمهما الله يقولان بحل اللعب بالشطرنج وشرط ان يكون آكل الربا مشهورا به
لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا فلو ردت شهادته اذا ابتلي
به لم يبق احد مقبول الشهادة وهذا لنا وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان
لم يشتهر لعدم عموم البلوى وفي نسخة من نسخ البداية ويفعل الافعال المستحقرة وفي نسخة المحتقرة وفي اخرى
المستقبحة وفي اخرى المستخفة والمستحقة كلها على اسم المفعول سوى المستخفة بلفظ اسم
الفاعل من السخف وهو النسبة الى السخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل
الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الاخيرة كالبول والاكل على الطريق لانه فيه ترك المروءة فاذا كان لا
يستحي من مثل ذلك فالظاهر انه لا يمتنع عن الكذب فكان متهما ولا تقبل من يظهر سب السلف وهم الصحابة
والتابعون منهم ابو حنيفة رحمه الله لظهور فسقه وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره يقبل
روى ابن سماعة عن ابي يوسف انه قال لا اقبل شهادة من سب اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
واقبل شهادة من تبرأ منهم وفرق بان تبرا لا فسقه لانه لا يأتي به الا عن ديانة لا لاسقاط السنة وشهادة السخيف لا تقبل
منهم والهوى ميلان النفس الى ما تستلذه من الشهوات وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة
كالخوارج والروافض فان اصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم ان كل واحد
منهم يفترق اثنتي عشرة فرقة وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادتهم لانه اغلظ وجوه الفسق او الفسق
من حيث الاعتقاد ولنا انه من حيث الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين لا يترك تدينه المانع من القبول
ترك ما يكون دينا فصار كمن يشرب المثلث او شافعي اكل متروك التسمية عامدا معتقدا اباحته
فانه لا يصير به مردود الشهادة والخطابية قوم غلاة من الروافض ينتسبون الى ابي الخطاب
رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان عليا الاله الاكبر
وجعفر الصادق الاله الاصغر وقيل هم قوم منهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره
يجب ان يشهد له بقية شيعته بذلك وقيل يحلفون بذلك وقيل لكل من حلف عندهم فرد شهادتهم
لانهم كافرون ان كانوا كما قيل اولا ولتمكن التهمة في شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانيا وثالثا قال
وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت مللهم كاليهودي
مع النصراني وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لاهل
ملة على اخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى
والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد بها الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله ما لكم من
ولايتهم من شيء فلا تعلق قرينة تراعي بها المعاني وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق

قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون والظالم فاسق فيجب التوقف في خبره ولنا ما روي أن النبي
صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواه جابر بن عبد الله وأبو موسى ولأن
الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار وكل من هو كذلك فله أهلية الشهادة على جنسه
كالمسلمين فإن قيل المسلمون لهم أهلية على جنسهم وخلاف جنسهم دون الذمي فبطل القياس فالجواب
أن القياس في الذمي كذلك لكن ترك في خلاف الجنس لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين
سبيلا واعترض بأن الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بمرضي والجواب أنه ليس
بمرضي بالنسبة إلى الشهادة علينا أو مطلقا والأول مسلم ولكن ليست بمقبولة والثاني ممنوع إذ
ليس ما يمنع رضانا على شهادة بعضهم على بعض قوله والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع جواب
جواب عن قوله لأنه فاسق وتقريره الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين أو من حيث الاعتقاد
والثاني ممنوع والأول مسلم لكن فسق الكفر ليس من بابه فإن الكافر يجتنب محرم دينه واعترض
بأن الاجتناب عن محظور الدين يعتبر لدلالته على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور
وهم ارتكبوا الكذب بإنكار الآيات مع علمهم بحقيقتها قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم
ظلما وعلوا وأجيب بأن المراد به الأحبار علموا رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطئون على كتمان
نعته ونبوته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم على أن الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين
ومطبقون على كون الكذب على أحد محظورا إذ هو محظور الأديان كلها قوله وبخلاف المرتد
جواب عن قوله صغار كالمرتد فإنه لا ولاية له على نفسه ولا على أولاده وهي ركن الدليل
وقوله وبخلاف الشهادة الذمي على المسلم جواب عن قوله وبهذا لا تقبل شهادته على المسلم
وحاصله أنا لا نسلم منع الولاية أهلية الشهادة لتقبل شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم
ولكنها الولاية بالإضافة إلى المسلم معدومة وهو كما ترى مع وجود اللازم وقد ذكرنا
جواب آخر عن هذا السؤال والأولى أن يقول عليه جواب آخر وتقريره سلمنا أنه علة قبول الشهادة
وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تنطفة بقهر المسلم إياه فإنه يحمله على التقول عليه
بخلاف ملة الكفر فإنها وإن اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار الإسلام فلا يحملهم الغيظ على
التقول **قال** ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي لا تقبل شهادة الحربي على الذمي قال المصنف
أراد بالحربي المستأمن لأنه قال بعد ذلك لأنه شهادة الحربي الذي ليس بمستأمن على الذمي غير متصورة
لأنها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء لأنه مأخوذ مقهور فيصير عبدا ولا شهادة للعبد على أحد
فلا عليه وإنما لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لا ولاية له على الذمي لكونه من أهل دارنا والمستأمن
من أهل دار الحرب واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية وقد ذكرنا في شرح رسالتنا في الفرائض على
هذا قوله وهو أعلى حالا منه أي أقرب إلى الإسلام من المستأمن ولهذا يقبل المسلم
بالذمي دون المستأمن استنبطها على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لأنه من أهل دارنا ويجوز أن
يكون جزء العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لأنه لكونه أعلى
حالا منه أي أقرب إلى الإسلام فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستأمن وفيه
نظر لأن اختلاف الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين إذا كانا من دارين
مختلفين ودخلا دارنا مستأمنين فضم ذلك إليه العلية في بعض الصور دون بعض تحكم والأول هو
الظاهر فإن قلت إنما يجوز أن تكون علة لقبول شهادة الذمي على المستأمن مع اختلاف الدارين
حكما على وجه لا يستلزم ذلك **قال** وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض المستأمنون في دارنا

لا يخلو إما أن يكونوا من دار واحدة أو لا فإن كان الأول قبلت شهادة بعضهم على بعض وإن كان الثاني
كالروم والترك لم تقبل لأن اختلاف الدارين لو قطع لما قبلت شهادة الذمي على المستأمنين لوجوده
لكنها قبلت وجوابه أن يقال الذمي من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها وكان
الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كعكسه لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستأمنين فتقبل
شهادة الذمي عليه ولا كذلك المستأمن لأنه ليس من دارنا وفيه إشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانوا
من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لأنهم من دارنا فيجمعهم بخلاف المستأمنين
قال وإن كانت الحسنات أكثر من السيئات وذلك بعد أن يكون ممن لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر
والإصرار على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب أحواله في تعاطي الصغائر فإن كان اجتنابه عما هو مما دون في
الشرع أغلب من إلمامه بالصغائر جازت شهادته ولا يقدح عدالته بإلمام الصغائر لئلا يفضي إلى
تضييع حقوق الناس لسد باب الشهادة المفتوح لإحيائها وتقبل شهادة الأقلف وهو من لم يختتن لأن
الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة إلا إذا تركها استخفافا بالدين فإنه لا يبقى
حينئذ عدلا بل مسلما وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدر له وقتا معينا إذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك
نص ولا إجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشر وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو
لما روي أن الحسن والحسين رضي الله عنهم ختنا اليوم السابع أو بعد السابع لكنه شاذ وتقبل شهادة
الخصي وهو منزوع الخصية لأن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولأنه قطعت ظلما فصار
كمن قطعت يده وتقبل شهادة ولد الزنا لأن فسق الأبوين لا يوجب كفرهما وكفرهما غير مانع للشهادة
الابن ففسقهما أولى وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا لأنه يحب أن يكون غيره كمثله والكافر أيضا كذلك في
قوله تعالى ليس كمثله شيء قلنا الكلام في العدل ووجه ذلك بقلبه ليس بتاريخ لأنه عزو أحوله
ما لم يحدث به سلمناه لكن لا نسلم أن العدل يختار ذلك أو يستحبه وتقبل شهادة الخنثى لأنه رجل
أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا
رجلين فرجل وامرأتان ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص
كالنساء لاحتمال أن يكون امرأة **قال** وشهادة العمال جائزة قال فخر الإسلام وعامة المشايخ رحمهم الله
معنى قوله في الجامع الصغير أنه كان ينبغي لأبي حنيفة تجوز شهادة العمال العمال السلطان الذين يعينونه
في حق أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم لأن نفس العمل ليس بفسق فإن أجلاء الصحابة
رضي الله عنهم كانوا عمالا ولا يكون بهم فعل ما يقدح في العدالة إلا إذا كانوا أعوان السلطان معينين على
الظلم فإنه لا تقبل شهادتهم قوله وقيل العامل إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه
تقبل شهادته لعله يريد إذا كان عونا له على الظلم فإنه إذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمسكه
بما مر عن أبي يوسف في الفاسق لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا لمهابته لا يستأجر على الشهادة
الكاذبة وقيل أراد بالعمال الذين يعملون بأيديهم ويؤاجرون أنفسهم لأن من الناس من قال لا تقبل
شهادتهم فيكون إيراد هذه المسألة لرد قولهم لأن كسبهم أطيب الاكتساب قال صلى الله عليه وسلم أفضل
الناس عند الله من يأكل من كسبه فإنه يوجه **قال** وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصي يدعي
الموصى لهما بذلك أو شهد غريمان لهما على الميت دين أو شهد غريمان للميت عليهما دين أو شهد وصيان
أنه أوصى إلى ثالث معهما فهذه خمس مسائل كلها لا تخلو إما أن يكون الموت معروفا والوصي راضيا أو لم يكن راضيا
فإن كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان لأنه في الرابعة فإن ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره
فإن كان الأول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لأنها شهادة منهم يعود المنفعة إليهم بنصبهم

يقوم باحيا حقوقه او فراغ ذمته ولا شهادة لهم لوجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها ما توجب
على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وههنا ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي برضى الوصي والموت معروف
حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتامل في صلاحية من ينصبه واهليته وهو لا بشهادتهم كفوه
مؤنة التعيين لم يشتغل بها شيئا فصار كالقرعة في كونها مستحبة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي
فان قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن اجاب بان الوصيين اذا
اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وههنا لما ادعيا ذلك معهما اعترفا بعجزهما عن التصرف لعدم استقلالهما
به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي اذ ذاك فكانت
هي الموجبة وفي الغريمين له عليهما دين وانهما تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على انفسهما
بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة
لم تقبل شهادتهما انكر الوكيل ذلك او ادعاه لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبتت كانت
موجبة والتهمة ترد ذلك قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح اما ان يكون مجردا او غيره لانه لا يخلو
اما ان يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم او لا والثاني هو المجرد لتجرده عما يدخل تحت الحكم والاول هو
الثاني فكذلك ان تسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعي على الغريم بشيء واقام بينة على الجرح المجرد
مثل ان قال انهم فسقة او زناة او اكلة ربا فالقاضي لا يسمعها واستدل المصنف بوجهين احدهما
قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه من التوبة وقد وقع الالزام وسماعها
انما هو للحكم والالزام والثاني قيل وعليه الاعتماد ان في الجرح المجرد هتك السر وهو اظهار الفاحشة
وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتك واجب الستر وتعاطي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم
فان قيل ما بالهم لم يجعلوا معدلين في العلانية فيسمع منهم الجرح المجرد واجيب بان من شرط
ذلك في زماننا ان يقول لا اعلم من حاله او يعلم القاضي بذلك ان كثر تعاديا عن التعادي واحترازا
عن اظهار الفاحشة وليس يتاخر فيه ذلك وانما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم السماع يغني
لجواز ان يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه ايضا قوله الا اذا شهدوا استثناء من قوله لان الفسق وهو
منقطع اي لكن اذا شهد شهود المدعى عليه على المدعي انه اقر ان شهوده فسقة فانها تقبل لان الاقرار
مما يدخل تحت الحكم ولم يظهروا الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعي والحاكي لا يظهرها النسبة اليه
وكذا اذا شهدوا بان المدعي استاجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد وضم الاستيجار اليه ليس بخرج
له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى الخصم ~~فكان جرحا مركبا ... له الحاكم والخصم فيه~~
واجنبيا عنه لو اقام البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة
من ماله الذي كان في يده قبلت لانه خصم في ذلك فكان جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح
بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان
لا يشهدوا علي بهذا الزور وقد شهدوا واطالبهم برد المال اليها قلنا خلافا فيما اذا قال له ذلك
ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع قوله ولهذا قيل اي ولما قلنا انه لو اقام البينة على
جرح فيه حق من حقوق العباد ومن حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن وقيل كالتعليل لما من الدليلين
في الجرح المجرد وقلنا كذا وهو يعني فكان المناسب ان يقول وكذا وهذا التمثيل والمعنى لو اقام
المدعى عليه البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او سارق او قاذف او شريك المدعي
قبلت لانها اثبات حتى تدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما قوله انه عبد فلانه يثبت الرق وهو
ضعف حكمي اثره في سلب الولاية وهو حق الله وموضعه اصول الفقه واما قوله انه محدود في قذف

فلانه

فلانه تعلق به حكم وهو كمال الحد ورد شهادته وهو حق الله وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة
فان قيل في هذه الشهادة اظهار الفاحشة اذا دعت اليه ضرورة جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذكروا
الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا يقال ~~وقد تحققت لاقامة الحد~~ وقد تحققت في الجرح
المجرد ايضا لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه لانها تندفع بان يقول القاضي سرا لا
يظهرهم في مجلس الحكم وعلى هذا في اقامة البينة على ذلك اعتباران احدهما ان يكون لجرح الشهادة
وهو غير مقبول والثاني لاقامة الحد وهو مقبول ومن علامة عدم التقادم واما اثبات الشركة
فيومئ قبيل الدفع بالتهمة كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعي او ابوه قال ومن شهد
ثم قال اوهمت بعض شهادتي قال فخر الاسلام اي اخطات بنسيان ما كان حقا علي ذكره او بزيادة
كانت باطلة يعني تركت علي او اتيت بما لا يجوز لي فاما ان يقول ذلك وهو في مجلس القاضي او بعد
ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما ان يكون عدلا او غيره والمتدارك اما ان
يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير من اهل الخصم او لا فان كان غير عدل ردت شهادته
مطلقا اي سواء قال في المجلس او بعده في موضع الشبهة او غيره وان كان عدلا قبلت شهادته
في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجراه مثل ان يترك ذكر اسم المدعي
والمدعى عليه او الاشارة الى احدهما سواء كان في مجلس القضاء او غيره وتدارك لفظة الشهادة انما
يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشروط لا يتحقق بدون
الشرط واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة
او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد او لا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق
القضاء على القاضي بشهادته توجب قضاءه فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت وبما بقي وزاد عند آخرين
لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي
التدارك يمكن ان يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال المصنف ووجهه ان الشاهد قد يبتلى
بمثله في مهابة مجلس القاضي فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو قبل البراح
من المجلس وهو عدل فاما اذا قال بعدما قام عن المجلس لم تقبل لانه يوهم الزيادة من المدعي
باطماعه الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك فوجب الاحتياط قوله ولان
المجلس اذا اتحد دليل آخر على ذلك وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الائمة فانه الحق الملحق باصل
الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان بما ذكرناه
وعلى هذا الشرح على اعتبار المجلس في دعوى التوهم اذا وقع الغلط في بعض الحدود فذكر الشرقي مكان
الغربي او بالعكس او في بعض النسب كان ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلا فان تداركه
قبل البراح عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس
ايضا في جميع ذلك بعد ان يكون عدلا لان من عدالته ينفي توهم التلبيس والتغرير والظاهر ما ذكرناه اولا من
تقييد ما فيه شبهة التغرير في المجلس

باب الاختلاف في الشهادة

تاخر اختلاف الشهادة عن اتفاقها فهما يقتضيه الطبع لكونه اي لكون الاتفاق اصلا والاختلاف فلما

هو يعارض الجهل والكذب فاخره وضعا للتناسب قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل قد عرفت معنى الشهادة واعلم ان الدعوى مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وموافقة الشهادة هو ان يتحد انواعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثة او ادعى سرقة ثوب احمر وشهد بابيض او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى شق زقه واتلاف ما فيه وشهد بانشقاقه عنده او ادعى عقارا بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه او ادعى انه ملكه وشهد انه ملك ولده او ادعى انه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى واما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط الا ترى ان المدعي يقول ادعي على غريمي هذا والشاهد يقول اشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشاهد وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها اما ان تقدمها فيها شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها ولا نعني بالخصومة الا الدعوى واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب واما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط والثاني انه عند المخالفة تعارض كلام المدعي والشاهد فما المرجح لصدق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعي والجواب عن الاول ان علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد انتفى المانع ووجب القبول لوجود العلة وانتفاء المانع لان وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثاني بان الاصل في الشهود العدالة لا سيما على قول ابي يوسف رحمه الله ولا يشترط عدالة المدعي لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما انها كانت شرطا بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى فلا يضرهما بالاختلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بالخلاف ولهذا اذا شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية فهي مقبولة واما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر بالتضمن فعلى ذلك ابو حنيفة وهو ان فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عنده وقالا تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة وكلما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما يتفرد به احدهما كما اذا ادعى الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيجيء ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا لان احدهما مفرد والآخر تثنية واختلاف الافراد والتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة وان سلمت بالتثنية فان الالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر بهما عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا للكلام الآخر وحصل لكل واحد منهما شاهد واحد فلا يثبت شيء منهما وصار كما اذا اختلف جنس المال بان شهد احدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة قيل ذكر في المبسوط اذا ادعى الفين وشهدا بالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب

وشهد

وشهد بالاقرار به قبلت ولو شهد احد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار لم تقبل ولقائل ان يقول قد تقدم في تلقين الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى الفا وخمسمائة وانكر المدعى عليه خمسمائة وشهد الشاهدان بالف فان القاضي يقول لعله ابرأه عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي انه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسألة وما نقلت في المبسوط ما ترى من التنافي والحق في الجواب لابي حنيفة ان يحمل ما نقل من المبسوط على ما اذا وفق الشهادة بدعوى الابراء والايفاء ولا يلزم ابا حنيفة اذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة كان متوجها فوقعت واحدة ولا ما اذا قال لها انت طالق الفا فانه يقع ثلاثا لان الاكثر في ذلك ثابت متضمن للاقل وليس فيما نحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد فلا يثبت به شيء قال واذا شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة ولما تقدم ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى يعتبر اذا شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف وخمسمائة جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه ونظيره اذا شهد احدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف او بمائة او مائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصار نظير الالف والالفين هذا اذا كان المدعي يدعي الاكثر واما اذا ادعى الاقل وقال لم يكن لي الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لتكذيبه المدعي في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد ولا يثبت شيء فان قيل لم يكذبه الا في البعض فما بال القاضي لا يقضي به على الباقي كما يقضي المقر له في الاقرار اذا كذبه المقر له في بعض ما اقر به اجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار وقوله اذا سكت يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسألة بحالها لا يقضي له بشيء لان التكذيب ظاهر فلا يقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لا بد منه في الاصح وعلى هذا لو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة لكن استوفيت خمسمائة وابرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق وعلم مما ذكرنا ان احوال من يدعي اقل المالين اذا اختلفت الشهادة ثلاثة اما ان يكذب الشاهد بالزيادة او يسكت عن التصديق والتوفيق او يوفق وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة اذا ادعى الفا وشهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر فان قيل شهادة من يشهد بالقضاء مناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة لا يكون للمدعي على المدعى عليه الف بل خمسمائة لا غير واجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين مكان الدين الذي هو غير فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعي بقبض هو غير ما شهد به اولا وهو الدين فلم يكن متناقضا وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة لان القبض بطريق التملك لما اوجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه فلم يكن الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد احدهما بالف والآخر بخمسمائة وفي ذلك يقضي بالاقل كذا ههنا قلنا في الالف والالفين الا ان محل الخلاف ههنا لان ذلك فيما تكون الشهادة بالاقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف وتفرد احدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة وعورض بان المدعي كذب من شهد بالقضاء في خمسمائة وتكذيبه تفسيق له فكيف يقضي بشهادته وجوابه سبق في قوله وينبغي للشاهد يعني ان

الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغي ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا
يصير معينا على الظلم بعلمه بدعواه بغير حق وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف
درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما
بالقضاء والفرق بين مسئلة الجامع وبين ما ذكرت قبلها ان في مسئلة الجامع شهد احد الشاهدين
بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل وهو قول
زفر لان المدعي اكذب شاهد القضاء وهو تفسيق له قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول
وهو القرض لانه اكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لا محالة ومثله ليس بمانع كما لو
شهدا عليه بشيء آخر فقال لا يشهدا له فاكذبهم وحاصله ان اكذاب المدعي الشهود تفسيق له
لكونه اختيارا واما اكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه قال
واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة قد ذكرنا ان اختلاف الشاهدين في المكان
يمنع القبول فاذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة
فكان ان يقضي القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احدهما كاذبة بيقين اذ العرض الواحد لا يحل في محلين
لا يمكن ان يكون في مكانين وليست احديهما بالاولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم
حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بما لم يثبت مثله قال
واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا
على رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد او لا
كالسواد والبياض عند ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح وقيل ان كانا يتشابهان قبلت والا فلا
وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السوداء غير سرقة البيضاء
فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب في مسئلة
كالغصب فانها لا تقبل بالاتفاق بل هذا اولى لان امر الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه ايماء
الى ضعف الادعي وصار كالذكورة والانوثة في المغايرة ولابي حنيفة ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي
من بعيد يكون السرقة فيها غالبا واللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة او يجتمعان بان يكون بلقاء
احد جانبيها اسود فشهادة احدهما والاخر ابيض بشهادة الاخر فاذا كان التوفيق ممكنا وجب
القبول كما اذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين احدهما ان طلب التوفيق
ههنا احتيال للاثبات للحد وهو القطع والحد يحتال للدرء لا لاثباته والثاني ان التوفيق وان كان
ممكنا ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر فيما يندرئ بها والجواب عن
الاول ان ذلك انما كان احتيالا للاثبات ان لو كان في اختلاف فيما كلفنا نقله وهو من صلب
الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به او لا واما اذا كان ذلك في
اختلاف فيما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وامثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا للاثبات
الحد لا مكان ثبوته بدونه الا ترى انهما لو سكتا عن بيان لون البقرة لما كلفهما القاضي بذلك
فتبين انه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله في المجلس الحاكم بخلاف الذكورة والانوثة
فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما فكان الاختلاف فيه في صلب الشهادة وعن
الثاني بانه جواب القياس لان القياس اعتبار امكان التوفيق ابقاء للا تصريح التوفيق بعد تحمله
فيما هو صلب الشهادة فهو امكانه فيما لم يكن هذا والله اعلم بالصواب وقوله بخلاف الغصب جواب عن
مسئلة الغصب لان التحمل فيه بالنهار اذا الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه ثم قوله سوا الذكورة والانوثة

جواب عما استشهد به من الاختلاف بهما لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه
فلا يشتبه فيحتاج الى التوفيق قال رجل ادعى على آخر انه باعه هذا العبد بالف او بالف وخمسمائة
وانكر البائع ذلك فشهد شاهد بالف وآخر بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المشهود به
مختلف اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء
بالف غيره بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لا نسلم ان المقصود
اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه اجيب بان دعوى السبب
المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان المقصود
ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة
فكان مقصوده السبب فان قيل التوفيق ممكن لجواز ان يكون الثمن الفا فزاد في الثمن
وعرف به احدهما دون الآخر اجيب بان الشيخ الشهيد ابا القاسم ذهب الى ذلك وقال تقبل
الشهادة بخلاف ما اذا شهد بخمسين كالف ومائة دينار وحمل ما في الكتاب ان الشراء الف وخمسمائة
ملصقتين بالشراء واما اذا اشترى بالف ثم زاد خمسمائة فالايع الاشترى بالف وخمسمائة
ولهذا يأخذ الشفيع باصل الثمن قوله ولان المدعي يكذب احد شاهديه دليل آخر وكذا اذا كان
المدعي هو البائع سواء ادعى البيع بالف او بالف وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا ان المقصود
هو السبب وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان المدعي العبد فظاهر لكون العبد مقصودا
واما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء والمستغرق بان مقصود المولى هو العتق
والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة واما الثاني فلان
المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا يفيد لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول
ان تقديره بدل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكانت هي المقصود
وعن الثاني بان قوله فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ لا يصح لجواز الاختيار الفسخ
فيخاصم لاجل البدلين وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ما المدعي
اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا اختلاف في كون العقد مقصودا والحاجة ماسة الى
اثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كان الدعوى من جانب الزوج
بان قال خالعتك على الف وخمسمائة والمرأة تدعي الالف او قال مولى العبد اعتقتك على
الف وخمسمائة والعبد يدعي الالف او قال ولي القصاص صالحتك بالف وخمسمائة والقاتل
يدعي الالف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة فيه انه يقبل على الالف
اذا ادعى اقل المالين بعد الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه
يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان
كان المدعي هو الراهن لا يقبل لعدم الدعوى لانه له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين
كان دعواه غير مفيدة فكانت كان لم تكن وان كان هو المرتهن وهو كان بمنزلة الدين يقضى
باقل المالين اجماعا قيل عقد الرهن بالف وخمسمائة فيجب ان لا تقبل البينة وان
كان المدعي هو لانه كذب احد شاهديه واجيب بان الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث
كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العدم فالاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون
الا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا
للدين وفي الاجارة لا يخلو اما ان تكون الدعوى في اول المدة او بعد مضيها فان كان في الاول

لم تقبل الشهادة كما في البيع لأن المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وإن كان
الثاني فإنما أن يكون المدعي هو الآجر أو المستأجر فإن كان الآجر فهو دعوى الدين
تقضي بأقل المالين إذا ادعى الأكثر لأن المدة إذا انقضت كانت المنازعة في وجوب
الأجر نصا وكذا لو ادعى على آجر ألف وخمسمائة وشهد أحدهما بألف وخمسمائة جازت في
الألف وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عند أبي حنيفة كما تقدم خلافا
لهما وإن كان المستأجر قال في النهاية فإن كان ذلك اعترافا منه بما يدعيه الإجارة فيحكم
عليه بما اعترف به ولا حاجة إلى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لأنه إن أقر
بالأكثر لم يبق نزاع فإن أقر بالأقل فالأجر لا يأخذ منه ببينة بسوى ذلك وفي بعض النسخ
فإن كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العقد بالإجماع وهو في معنى الأول لأن
الدعوى إذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه قال فأما النكاح
فإنه يجوز بالألف استحسانا إذا اختلف الشهود في النكاح فشهد أحدهما بألف والآخر
بألف وخمسمائة قبلت بالألف عند أبي حنيفة استحسانا وقال أبو يوسف ومحمد هذا باطل
في النكاح أيضا وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة لهما أن هذا اختلاف
في السبب لأن المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة
كما في البيع ولأبي حنيفة أن المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف
في النكاح من يملك التصرف في المال كالعم والأخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف
في الأصل فكان ثابتا قوله والأصل فيه الحل والازدواج ودليل أجرى في النكاح الحل والازدواج
والملك لأن شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا
كما عرف في موضعه ولا اختلاف للشاهدين فيها فيثبت الأصل لكن وقع الاختلاف في التبع
وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل وفيه نظر فإن مراد المعترض ليس
بطلان الأصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه أن يبطل المال المذكور في الدعوى ويلزم
مهر المثل والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب أن المال إذا لم يكن مقصودا
كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتكذيب
فيه غير مسموع قال المصنف ويستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما بكلمة أو والصواب بكلمة
الواو بدلالة يستوي وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعضهم أنه لما كان كالدين وجب
أن تكون الدعوى بأكثر المالين كما في الدين وإليه ذهب شمس الأئمة ووجه ما في
الكتاب أن المنظور إليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود بل ثابت
في ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط في المقصود أعني الدين وقال ثم قيل الاختلاف
فيما إذا كانت المرأة هي المدعية وأما إذا كان المدعي هو الزوج فبالإجماع أنها لا تقبل
لأن مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فإن مقصوده ليس إلا العقد فيكون الاختلاف
وهو يمنع القبول وقيل الخلاف في الفصلين يعني ما إذا كانت المرأة تدعي وما إذا كان الزوج
يدعي وهذا أصح لأن الكلام ليس في أن الزوج يدعي العقد والمال أو المرأة تدعي ذلك
وإنما الكلام في أن الاختلاف في الشهادة على مقدار المهر هل يوجب في نفس العقد
أو لا قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يوجب ذلك وقالا رضي الله عنهما يوجبه وقد ذكر
المصنف رحمه الله دليلهما وإليه أشار بقوله والوجه ما ذكرناه والله سبحانه أعلم

فصل

فصل في الشهادة على الإرث

ذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الأحكام المتعلقة بالأحياء بحسب مقتضى
الواقع واعلم أن العلماء اختلفوا في أن الشهادة بالميراث هل تحتاج إلى الجر والنقل وهو أن يقول
الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثا له أو لا قال أبو حنيفة
ومحمد لا بد منه خلافا لأبي يوسف رحمهما الله هو يقول إن ملك المورث ملك الوارث فالشهادة
به للمورث وهما يقولان ملك الوارث يتجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في
الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج إلى
النقل لئلا يكون استصحابا للحال مثبتا إلا أنه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت
الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا على قيام يده لأن الأيدي عند الموت تنقلب
يد ملك بواسطة الضمان إذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت أن يسوي أسبابه
ويبين ما كان بيده من الودائع والغصوب فإذا لم يبين فالظاهر من حاله أن ما في يده
ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال قد تكون اليد يد أمانة ولا ضمان فيها
لينقلب بواسطته يد ملك لأن الأمانة تصير مضمونة بالتجهيل بأن يموت ولم يبين أنها
وديعة فلان لأنه حينئذ ترك الحفظ وهو يوجب الضمان وإذا ثبت هذا فمن أقام
بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هو في يده فإنه يأخذها ولا يكلف
البينة أنه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق أما عند أبي يوسف فإنه لا يوجب الجر في
الشهادة وأما عندهما فلأن قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجد لأن يد المستعير
والمودع يد المعير والمودع ومن أقام أنها كانت في يد فلان وهي في يده فكذلك لما ذكرنا من
انقلاب الأيدي عند الموت فصار كأنهم أقاموها على أنها كانت ملكه عند موته وإن أقام
أنها كانت لأبيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا له لم تقبل عندهما لعدم الجر وما قام مقامه
وتقبل عند أبي يوسف بشهادتهم بملك المورث قوله وإن قالوا الرجل حي مسألة ابتدائية إذ هي
ليست من باب الميراث وصورتها إذا كانت الدار في يد رجل فادعاها آخر أنها له وأقام
بينة أنها كانت في يده لم تقبل وعن أبي يوسف أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك ولو
شهدوا أنها ملكه قبلت فكذا هنا فصار كما لو شهدوا بأن المدعى عليه أخذها من المدعي فإنها
تقبل وترد الدار إلى المدعي وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن
اليد منقضية تزول بأسباب الزوال غير ما زالت بعدما كانت وكل ما كان كذلك فهو مجهول
والقضاء بالمجهول متعذر وقوله وهي متنوعة دليل آخر أي اليد متنوعة إلى يد ملك وأمانة
وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بإعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لأنه معلوم
غير مختلف وبخلاف الأخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولأن يد ذي اليد معاين
ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس الخبر به لاحتمال الزوال بعدما كانت كالمعاين
المحسوس عدم زواله قوله وإن أقر المدعى عليه يعني إذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت في
يد هذا المدعي دفعت إليه لأن الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار وكذا إذا شهد شاهدان بإقراره

المدعا عليه بذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقر
به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت
الشهادة ويؤمر بالبيان

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التاخير في الذكر وجوازها استحسان
والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لا حق للمشهود له لعدم الاجبار
والانابة لا تجري في العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها لان كل حق لا يسقط بالشبهة
لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم تجز ادى الى تلوي الحقوق
ولهذا جوزت وان كثرت اعني الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة اي لكن فيها شبهة
البدلية لان البدل لا يصار اليه الا عند العجز وهذا كذلك واعترض بانه لو كان فيها معنى
البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد احد الشاهدين وهو
اصل واخران على شهادة شاهد اخر جاز واجيب بان البدلية انما هي في المشهود به فان المشهود
به بشهادة الفروع هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه
المدعي واذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلم يمتنع اجتماع الاصول
بالفروع واذا ثبتت البدلية فيها لا تسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وقوله او من
حيث ان فيها زيادة احتمال معطوف على قوله من حيث البدلية يعني ان فيها شبهة من حيث
ان فيها زيادة احتمال المعطوف ... فان في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة
وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز عنه بجنس الشهود بان
يرتدوا في عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذرت اقامة بعضهم قام بها الباقون فلا
تقبل في الحدود والقصاص قوله وتجوز شهادة شاهدين اي يجوز ان يشهد شاهدان على شهادة
كل واحد من الاصلين وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا ان يشهد على شهادة كل منهما شاهدان
غير الذين شهدوا على شهادة الاخر فذلك اربع على اصلين لان كل شاهدين قائمان مقام
واحد فصارا كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم حجة القضاء بشهادتهما ولنا قول علي
رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فانه باطلاقه يقتضي الاكتفاء باثنين من
غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان ولان نقل الشهادة معطوف على قوله ولنا قول علي ومعناه
ان نقل شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم شهدا بشهادة
الاخر شهدا بحق اخر غير الاول بخلاف شهادة المرأتين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل
واحد بخلاف ما لو قال الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسول في ايصال شهادته
الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبرنا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن
الواحد ما رويناه عن علي رضي الله عنه وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا
يكمل نصاب الشهادة بخلاف رواية الاخبار قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع

من بيان وجه مقر وعبارة ... الشهود الفروع شرع في بيان كيفية الاشهاد واداء الفروع فقال
وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان
اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل
على ما مر وانما قال كالنائب عنه لما مر ان الفرع ليس بنائب عن الاصل في شهادته بل في المشهود به
ولا بد ان يشهد الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثل ما سمعه ويجوز ان
يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي والاول اوضح لقوله لينقله الى مجلس القضاء وان لم
يقل الاصل عند التحميل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم
يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع هذا بيان كيفية اداء الفروع الشهادة يقول شاهد الفرع
عند الاداء اشهد ان فلان بن فلان اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على
شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته اعني الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة
المذكورة تفي بذلك كله وهو اوسط العبارات وللشهادة على الشهادة عند اداء الفروع لفظ اطول
من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا من
المال واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك لان فيه ذكر
ثمان شينات والمذكور هاهنا خمس شينات واقصر منه وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على
شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه
ابي جعفر وهكذا ذكره محمد في السير الكبير ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على
شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل بالاتفاق اما عند محمد فلان القضاء عنده
يقع بشهادة الاصول والفروع وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامره واما عندهما فلانه
وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو اشهد انسانا على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجاز له ان
يشهد على شهادته لكن لا بد من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست حجة
بنفسها ما لم ينقل ولا بد للنقل من التحميل ولقائل ان يقول كلام المصنف مضطرب لانه جعل المطلوب
في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد من النقل لتصير حجة وعطف عليه قوله بالنصب وذلك
يقتضي ان يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل ذكر في الفوائد الظهيرية
قوله في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام
الحجة الا بشهادة الاصل لان الفرع لا يسمعه الشهادة وان كان الاصل يكسب الحق عند القاضي
في مجلسه فلا بد من طريق وهو ان الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بالتحميل والتوكيل وجه ذلك
الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه وهو ان الشهادة مستحق على الاصل فيجب
عليه اقامتها ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عادته الدين اذا
الشان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامره فاعتبرنا بهذا لا يشترط الامر لصحتها غير ان فيها مضرة من حيث
ان فيه الحجة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته يكون بامره فيصح ذلك
فاعتبرنا بهذا يشترط الامر وصار كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا زوجها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه
من ابطال الولاية عليه وهذا كلام حسن واما عبارة المصنف فهي مشكلة لتسليمها اشعارا بالمطلوب وقد
تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول الشهادات بوجه اخر مفيد والله اعلم قال ولا تقبل شهادة الفروع
كما تقدم ان تجوز الشهادة على الشهادة لمساس الحاجة فلا تجوز ما لم يوجد فلا تقبل الا بموت الاصول
او بغيبتهم مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او مرضهم مرضا منعهم عن الحضور الى مجلس الحكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء

لبعض الاصول عن اقامتها وانما اعتبر السفر لان المعتبر بعد المسافة ومدة السفر بعينه حكما حتى ادير
عليها عدة من الاحكام كقصر الصلاة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية والجمعة وحرمة خروج
المرأة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت
في اهله صح الاشهاد دفعا للحرج واحياء لحقوق الناس قالوا الاول اي التقدير بثلاثة ايام احسن لان
العبرة تحقق به كما في سائر الاحكام التي تعدد بانها فكان موافقا لحكم الشرع فكان احسن والثاني
ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث وكثير من المشايخ وروي عن ابي يوسف ومحمد انها تقبل وان كانوا
في المصر لانهم ينقلون قولهم فكان كنقل اقرارهم فان عدل شهود الاصول شهود الفروع جاز وحاصل
ذلك ان الفرعين اذا شهدا على شهادة اصلين فهو على وجوه اربعة اما ان يعرفهما القاضي ولا يعرفهما
او عرف الاصول دون الفروع او بالعكس وان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما يسأل عن الاصول
فان عدل الاصول الفروع ثبتت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التزكية وقوله غاية الامر
رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما
فاشار الى رده بقوله غاية الامر ان غاية ما يرد فيه من امر الشبهة ان يقال انه لا يصح تعديله لانه
متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما شهد لكن العدل لا يتهم بمثله
كما لا يتهم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما شهد لينصب مقبول القول فيما بين الناس
عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وان لم يكن له شهادة فيه في الواقع كيف يكون ذلك مانعا
وانه لقوله في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل لان قوله في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه
حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي في حال الاصول بان يسأل من المزكين غير الفروع وعند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة
فلا تقبل ولابي يوسف ان الماخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم
فاذا نقلوا فقد قاموا بما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بانفسهم فشهدوا ولو
قالوا لا نعرف ان الاصول عدول او لا قيل ذلك وقيل لا يجرح شهودهما ما شاركا اليه بقوله فاذا لم
يعرفوها وقال الحسن لا يجيء الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول غيرهما وهو الصحيح
لان شاهد الاصل بقي مستورا وان انكر شهود الاصل الشهادة قالوا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم
جاء الفروع يشهدون بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول
وخبر الفروع وهو اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

فصل من هذا الباب

قال اذا شهد رجلان على شهادة رجلين اخرين على فلانة بنت فلان الفلانية
وقالا اخبرانا بانهما يعرفانها فجاء المدعي بامرأة وقال الشاهدان لا نعلم اهي هذه ام لا يقال للمدعي هات
شاهدين يشهدان انها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة
ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده
وشهدوا على المشتري بعدما انكر ان يكون المحدود بها في يد المدعى عليه لا بد من شاهدين اخرين

يشهدان

يشهدان بان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه
الحدود وكذا اذا كتب قاضي بلد الى آخر شاهدين شهدا عندي ان لفلان بن فلان على فلان بن فلان
كذا فتمم عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه فدفع الكتاب اليه يقول
القاضي هات شاهدين انه هذا الذي احضرته هو فلان المذكور في هذا الكتاب لتمكن الاشارة
اليه في القضاء لانه اي كتاب القاضي الى القاضي في معنى الشهادة على الشهادة الا ان
القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل فلا يلزم ما قيل كتاب القاضي الى القاضي
بشهادة الفروع عند ما سبق العدد من شأنهم دون الكتاب لان ديانته ووفور ولايته قام مقام
العدد ولو قالا الشهود في هذين البابين يعني باب وباب كتاب القاضي فلا نسلم حتى
ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة يعني التي لا اخص منها دونها قال في الصحاح الفخذ آخر
القبائل الست اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن وقال غيره ان الفصيلة
بعدها الشعب ثم القبيلة بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل تجمع العمائر والعمارة
بكسر العين تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يكون الخاصة تجمع الفصائل وهذا اي عدم الجواز
لان التعريف لا بد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة بالنسبة الى الفخذ لانه خاصة
ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله
على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ الجد الادنى في النسبة وهو اب الاب
قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره في السوق شاهد الزور وهو الذي اقر على نفسه
انه شهد بالزور او شهد بكل نعزره وتشهيره تعزيره عند ابي حنيفة فقوله ولا اعزره يعني
بالضرب والحبس وهو قول الشافعي ومالك لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور
وسخم وجهه بالخاء المعجمة من السخام وهو سواد القدر او بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود
يقال الحد لا بد به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير
مشروع ولا يبلغ التعزير الى اربعين لانه مقصودهما اثبات ما نفاه ابو حنيفة من التعزير
بالضرب فانه يدل على ان اصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة
قوله ولان هذه اي شهادة الزور كبيرة ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس
من الاوثان واجتنبوا قول الزور وبالسنة وهو ما روى ابو بكرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال الا انبئكم باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان
متكئا فجلس فقال الا وقول الزور فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت وتعدى ضررها الى
العباد باتلاف اموالهم وليس فيه مقدر فيعزر ولابي حنيفة رحمه الله ان شريحا كان يشهر
ولا يضرب وكان ذلك في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما والصحابة متوافرون وما كان يخفى ما يعمله
عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي عنهما فحل محل الاجماع ولان المقصود هو الانزجار وهو
يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه قد يقع مانعا من الرجوع
فانه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع الحقوق فوجب التخفيف من هذا الوجه وذلك
بترك الضرب وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين وهو منهي
عنه قال النبي صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم هذا تاويل شمس
الائمة واوله شيخ الاسلام بان المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح فان الخجل يسمى مسودا مجازا قال
الله تعالى واذا بشر احدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وتفسير التشهير ما نقل عن شريح رضي الله عنه

انه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا
مجتمعين او الى موضع يكون اكثر جمعا للقوم ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا
هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة ان عندهما ايضا تشهير
والحبس والتعزير مقداره مفوض الى ما يراه القاضي ولم يذكر المصنف ان هذا الاختلاف
فيمن كان تائبا او مصرا او مجهول الحال وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من
غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف ولم يعلم حاله فعلى الاختلاف
الذي قلنا ثم انه ان تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك اولا ان كان فاسقا تقبل لان الحامل
له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة اشهر
وعند آخرين سنة قالوا والصحيح انه مفوض الى راي القاضي وان كان مستورا لا تقبل ابدا وكذا
ان كان عدلا على رواية بشر عن ابي يوسف لان الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة
وبعدها سواء وروى ابو جعفر رضي الله عنه انه يقبل قالوا وعليه الفتوى قال ر في الجامع
الصغير وكان فائدة ذكر روايته بحجة ان شاهد الزور بانه اقر على نفسه بذلك فاما اذا ثبت
ذلك بالبينة فليس بصحيح لان فيه نفي الشهادة والبينات شرعت للاثبات فلم يكن امر الذي شهد
بقتل شخص وظهر حيا او بموته وكان حيا اما للتدريب واما لانه لا سبيل الى ان يقول كذبت
او ظننت ذلك او سمعت ذلك فشهدت به بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فجعله كانه قال كذبت
والله اعلم بالصواب

كتاب الرجوع عن الشهادات

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتاخره عنه فصل شهادة الزور ظاهر اذ الرجوع عنها
يقتضي سبق وجودها وهو مما يلحقهما كونها زورا وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه
خلاصا عن عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا
به او شهدنا بزور فيما شهدنا فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده فان كان الاول سقطت الشهادة
عن اثبات الحق بها على الخصم لان الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء هاهنا لان القاضي لا يقضي
بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف فيهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي
ولا على المدعى عليه اما على المدعى عليه فظاهر واما على المدعي فلان الشهادة ان كانت حقا في
الواقع ورجعا عنها صارا كالممتنعين عن الشهادة ولا ضمان على من يكتمها وان كان الثاني لم ينقض الحكم
لان الكلام الثاني يناقض الاول والكلام المتناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينتقض به حكم ولان
يؤدي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز ان يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى وليس لبعض
على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم ونقضه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام الآخر في
الدلالة على الصدق كالاول فكلما تاكد الاول بالقضاء وقد ترجح الاول باتصال
القضاء به فلا ينتقض به وعليهما ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان فقضاء
القاضي وان صلح للتلف لكنه كالملجا من جهتهم فكان السبب منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم كما في حفر البئر

كان بعلة معه

على

على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلام الضمان اجاب بقوله التناقض لا يمنع
صحة الاقرار وقد بينا وجهه فيما بعد وانما اكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم
قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة الحاكم سواء كان هو الاول
او غيره لانه فسخ للشهادة وهذا مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت
ان فسخ الشهادة يختص بما يختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود
عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب
ان الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع
للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر ولا اقرار بالضمان مترتب على ارتفاعها او يثبت
في ضمنه فكان من توابعه لا بقاء البينة لانها ليست بحجة في غير مجلس فجعلها في الابتداء وما يرجع الى
المحل في الابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط لصحته
الفسخ ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة
الزور جناية في مجلس الحكم والتوبة عنها تتقيد به واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي
فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واقام على ذلك بينة او عجز عنها واراد تحليف الشاهدين لم
يقبل القاضي بينته عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى
الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا
وضمنه المال تقبل بينته لان السبب صحيح والخصم المستكن في ضمنه يجوز ان يكون للقاضي ومعناه
حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الآن ويجوز ان يكون للمدعي ومعناه طلب من القاضي
تضمينه والاول والاولى في قوله لان السبب بدل على المضافة اليه وهو قبول البينة لان سبب قبول
البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس حكم وقيل هو الضمان ومعناه لان الضمان صحيح وهو الرجوع
عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست مطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب
الضمان فتامل وان شهد شاهدان بمال فحكم به ثم رجعا ضمنا المال المشهود عليه هذه المسئلة قد
علمت من قوله وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم الا انه ذكرها لبيان خلاف الشافعي ولما يتفرع عليه
من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي لا ضمان عليهما لانهما سببا الاتلاف ولا معتبر به
عند وجود المباشر قلنا وجب عليهما الضمان لانهما سببا للاتلاف على وجه التعدي وذلك
يوجب الضمان اذا تعذر اضافته الى المباشر وهاهنا كذلك لان المباشر هو القاضي واضافة
الضمان اليه متعذرة لانه كالملجا الى القضاء بشهادتهم لانه بالتاخير يفسق وليس عليه حقيقة لان
الملجا حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولانه ان اجلبت عليه صرف
الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعذر استيفاؤه من المدعي ايضا
لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر التسبيب فان قيل ما بال حكم وحكم الشافعي تركوا اصله المعهود
في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهدا هكذا على انه قتل عمدا فاقتص ثم رجعا فالدية عليهما
في مالهما عندكم وما حالهم كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب عليهما القصاص جعل
المسبب كالمباشر قلنا فعل المباشر الاختياري قطع النسبة او صار شبهة كما سيجيء انشاء الله فجعله
مباشرا وورد عن علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما
والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه ان اليدين لا يقطعان
بيد واحدة وجاز ان يهدد بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت

وجاز ان يهدد الامام بما لا يتحقق منه

لا يوجب الرجم بالاتفاق وإنما يضمنان يعني أن الضمان إنما يجب على الشاهدين إذا قبض المدعي ما قضي
له به دينا كان أو عينا وهو اختيار شمس الأئمة لأن الضمان بالإتلاف والإتلاف يتحقق بالقبض
وفي ذلك لا اختلاف بين العين والدين ولأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين أخذ العين
والزام الدين وبيان ذلك أنهما إذا ألزماه دينا بشهادتهما فلو ضمنا قبل الأداء إلى المدعي كان قد
استوفيا منهما عينا بمقابلة دين ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الإسلام بين العين والدين فقال
إن كان المشهود به عينا فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع وإن لم يقبضها المدعي وإن
كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لأنه ضمان بالإتلاف وضمان الإتلاف مقيد بالمثل وإذا كان
المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما أزالاه عن ملكه إذا اتصل القضاء بها ولهذا لا ينفذ فيه تصرف
المشهود عليه بعد ذلك فإزالة العين عن ملكه بأخذ الضمان لا تنتفي المماثلة وإن كان دينا فإزالة
العين عن ملكه قبل القبض تنتفي المماثلة كما ذكرنا والجواب أن الملك وإن ثبت للمقضي له بالقضاء
ولكن المقضي عليه يزعم أن ذلك باطل وأن المال في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيئا
ما لم يخرج المال من يده بقبض القاضي **قال** وإذا رجع أحدهما ضمن النصف والمعتبر في باب الرجوع عن
الشهادات بقاء من بقي لأنه وجب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء
لأن الشهود إذا كانوا أكثر من اثنين يضاف القضاء ووجوب الحق إلى الكل جميعا لاتحاد حالهم وإذا رجع
واحد منهم وظهر إضافة القضاء إلى المبقي وهنا إذا شهد شاهدان فرجع أحدهما ضمن النصف لأنه
بقي بشهادة من بقي نصف الحق قيل لا يستقيم ذلك فإن الباقي فرد لا يصلح لإثبات شيء ابتداء فكذا بقاء
أجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء للإثبات ما لا يصلح في الابتداء ألا ترى أن كل
النصاب فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب ويصلح في البقاء بعد وجوده وإذا شهد ثلاثة
فرجع واحد فلا ضمان عليه لمن بقي بشهادته كل الحق لأن استحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة التامة
واستحقاق المتلف يسقط الضمان فيما إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف
بالضمان ثم استحق المتلف فلأن يمنعه بطريق الأولى لأن الدفع أسهل من الرفع فإن رجع آخر ضمن الراجعان
نصف الحق قيل يجب أن لا يجب الضمان على الراجع الأول أصلا لأن المعتبر بقاء من بقي وبعد
رجوع الأول كان نصاب الشهادة باقيا فإذا رجع الثاني فهو الذي أتلف نصف الحق فيختص
الضمان عليه وأجيب بأن الضمان على الأول ثابت بطريق التبيين أو الانقلاب وذلك لأن الإتلاف
كان بشهادتهم جميعا ثم إذا رجع الأول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فإذا رجع الثاني تبين أن
الإتلاف من الابتداء كان بشهادتهما لأن القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة
فعند رجوع الأول وجد الإتلاف ولكن المانع وهو وجود الأول وجد الإتلاف ولكن ثمة مانع وهو بقاء
النصاب منع عن إيجاب الضمان عليه فإذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي
وإذا شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي وإن
رجعتا ضمنتا نصف الحق لأن بشهادة الرجل بقي نصف الحق وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم
رجع ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق
لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع وإن رجع الرجل
والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما
على الرجل النصف وعلى النساء النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل
شهادتهن إلا بانضمام رجل واحد يتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء وإذا ثبت نصف الحق

بشهادته

بشهادته ضمنه عند الرجوع ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين مقام رجل بالنص قال صلى
الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنين منهن بشهادة رجل واحد وإذا كانتا كرجل
صار كأنه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر وإنما يتم أن
لو قال عدلت شهادة كل اثنين منهن بشهادة رجل والجواب أنه أطلق ولم يتقيد بأن ذلك في الابتداء
أو مكررا فكان الإطلاق كلمة وإن رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم
جميعا لما قلنا إن المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق وإن شهد رجلان وامرأة
بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن المرأة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شيء
من الحكم فكان القضاء مضافا إلى شهادة رجلين دونها فلا يضمن عند الرجوع شيئا **قال**
وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح وإن شهدا ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت
الشهادة بمقدار مهر مثلها أو أقل من ذلك لأن المتلف ههنا منافع البضع عندنا غير متقومة
بالإتلاف لأن التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة
وإنما يتقوم جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لأن الخارج هو
عين الداخل في الملك فمن ضرورة التقوم في إحدى الحالتين تقومها في الأخرى لكنها متقومة
عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك أنها إنما تضمن وتتقوم بالتملك إبانة لخطر المحل لأنه محل
خطير لحصول النسل وهذا المعنى ليس بموجود في حالة الإزالة ألا ترى أنه [illegible]
مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الإزالة كالشهود والولي وموضعه أصول الفقه
وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده وكذلك إن شهدا على الزوج بتزوج امرأة
بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما ذكرنا أن البضع متقوم حالة الدخول في الملك والإتلاف بعوض
كلا إتلاف فصار كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان قوله وهذا لأن مبنى الضمان
معناه أن الإتلاف بغير عوض مضمون بالنص والإتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما
فلا يلحق به بطريق الدلالة وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها
من غير عوض وهو يوجب الضمان **قال** وإذا شهدا ببيع شيء بمثل القيمة شهدا بأنه باع عبده
بألف درهم ثم رجعا فإن كان الألف قيمته أو أكثر لم يضمنا شيئا لما مر أنه إتلاف بعوض كلا إتلاف
وإن كان قيمته ألفين ضمنا للبائع ألفا لأنهما أتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الألف من
قيمته بلا عوض ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار للبائع بأن شهدا بأقل من القيمة
كالصورة المذكورة وبأن البائع بالخيار ثلاثة أيام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر
البيع ثم رجعا فإنهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لأن إتلافهما الزائد بغير عوض لأن البيع
بالخيار وإن كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في
المدة حيث لم يفعل كان راضيا به والرضى يسقط الضمان لكن حكمه يضاف إلى السبب السابق وهو
البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري بزوائده والبائع لما كان منكرا لأصل البيع لم يمكنه أن
يتصرف بحكم الخيار إذ العاقل يحترز عن الانتساب إلى الكذب حسب طاقته فلو وجب البيع في
المدة لم يضمنا شيئا لأنه إذا أهلكه باختياره فلم يتحقق الإتلاف وإن شهدا على رجل بأنه طلق
قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لأنهما أكدا ما على شرف السقوط بالارتداد ومطاوعة
ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه ألا ترى أن المحرم إذا أحضر صيدا فذبحه محرم
يلزمه قيمته فإنه يجب الجزاء على المحرم يرجع به على القاتل لأنه أكد ما كان على شرف السقوط بالكلية

ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لان النكاح بعد الزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه اشبه الفسخ وان شهدا انه اعتق عبده فقضي بذلك ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير بدل بعد ذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق واجيب بانه مكذب شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فينبغي ان لا يجب الضمان واجيب بانه لا يصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف وانه لا يختلف بذلك قال واذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل تسببا فاشبه المكره اي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره ان كان اسم فاعل او فاشبه القاضي المكره ان كان اسم مفعول وقيل اشبه الولي المكره وهو بل اولى لانه كالملجا بشهادته حتى لو لم يقتص لعزره او لانه لولي الوجوب كعزره لانه ليس بملجا الى القتل وعلة الاولى اي التسبيب ههنا اولى من الاكراه لان التسبيب هو جزء من حيث لا قضاء ولا افضاء ههنا الا لان المكره يمتنع عن القتل ولا يعاقبه والولي يعان على جنسه فكان هذا اكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره للتسبيب فمن الشاهد اولى ولنا ان القتل مباشرة لم توجد وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه احد وليس له تعلق بما فيه الا ان يكون ايماء الى المباشرة للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان التسبيب الى الشيء هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف المكره فانه لا يكراه يفضي الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حياته ظاهرا ولقائل ان يقول ظهور ايثار حياته اما ان يكون شرعا او طبعا والاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فانه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهرا وهذا تنزل لخفاء العلة لان الفعل الاختياري يعني سلمنا ان ثمة تسبيبا ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي اختيارا فيقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود ولكن لا اقل ان يورث شبهة وهي تدرئ بها القصاص فان قيل لو اورث شبهة لاندفع الدية ايضا لانه بدل القصاص اجاب بقوله بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما يسقط بالشبهات سقوط ما يثبت بها وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك بين المباشر فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كالة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه اصول الفقه وان رجع احدهما فعليه نصف الدية فان رجع المولى معهما او جاء المشهود بقتله حيا فللولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين الولي لان الولي اتلف حقيقة والشاهدين حكما ولا تلف في حكم الضمان كالحقيقة فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول ابي حنيفة خلافا لهما قال لانهما عاملان للولي فرجعان عليه وقال ضمنا لاتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره وتمام ذلك بما فيه وعليه يعرف في المختلف تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم قال واذا شهد شهود الفرع ثم رجعوا ضمنوا

بالاتفاق لان مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول فاما ان يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا او يقولوا اشهدناهم غالطين او رجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان عليهم اي على الاصول بالاجماع لانهم انكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء لان خبرهم يحتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء وان كان الثاني فعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ضمنوا لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى يكون سببا للاتلاف وله ان الفروع قاما مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القضاء والقضاء يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدالتهما فصار كانهما حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لما مر ان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين وذلك لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكره ابو حنيفة وابو يوسف وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره محمد والعمل بهما اولى من العمل باحدهما فان قيل فليجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف اجاب بقوله والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما فلم يبق الا ان يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره وتاخير دليل محمد في المسئلتين يدل على اختيار المصنف قول محمد وان قال شهود الفرع كذب الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك ولا يبطل به القضاء ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئا قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا اذا شهدوا بالزنا وزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر ان الشهود كفار او عبيد فثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم فيما اخبروا من قول الناس انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم انما اخبرنا عن قول الناس انهم احرار مسلمون ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف وهي الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا واصله على المثنى فصار كشهود الاحصان بانهم ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل في الشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك يكون له علة العلة من حيث التاثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب اضيف اليه لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان مما جعلوا غير الموجب موجبا قال واذا شهد شاهدان باليمين اذا اشهد على رجل انه قال لعبده ان دخلت هذه الدار او قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وآخران على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة يرد قول زفر فانه يقول الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهم وقلنا التلف هو اليمين لا محالة والتلف يضاف الى السبب دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح للاضافة الحكم اليه لا يضاف الى الشرط كما في البير مع الملقي فان الضمان على الملقي دون الحافر وقوله لا ترى توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين وكذبهما وان لم يشهد بالدخول ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه وما اشار شمس الائمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان

على شهود الشرط وفيما إذا كان اليمين ثابتة بإقرار المولى ورجع شهود الشرط قال بعض المشايخ
إنهم يضمنون لأن العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها هاهنا فإنها ليست بتعد فيضاف إلى الشرط خلفا
عن العلة وشبهه بحفر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون
بحال نص عليه في الزيادات لأن قوله أنت حر مباشرة لإتلاف المالية وعند وجود مباشرة الإتلاف
يضاف الحكم إلى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي أو لا بخلاف مسألة الحفر فإن العلة هناك
ثقل الماشي وذلك ليس من مباشرة الإتلاف في شيء فلذلك جعل الإتلاف مضافا إلى الشرط قوله ومعنى
المسألة يريد به صورة المسألة وقد قدمناها في صدر البحث والله تعالى أعلم بالصواب

كتاب الوكالة

عقب الشهادات بالوكالة لأن الإنسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه إلى تعاضد
وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت
كالمركب من المفرد فأوثر تأخيرها والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا إذا فوض إليه
ذلك والوكيل هو القائم بما فوض إليه كأنه فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه الأمر أي مفوض
إليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وهي
عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ولم يلحقه النكير والسنة
وهو ما روي أنه وكل حكيم بن حزام بشراء الأضحية وبالإجماع فإن الأمة قد اجتمعت على جوازها
من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها
وركنها اللفظ وأشباهه روى بشر عن أبي يوسف إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي
هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذلك توكيل وأمر بالبيع وشرطها أن يملك الموكل
التصرف ويلزمه الأحكام كما سنذكره وصفتها أنه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل
بدون رضى صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه قال كل عقد جاز أن يعقده الإنسان
بنفسه هذه ضابطة تبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فإن مبناه الاحتياج فقد
يتفق وهو عاجز عن المباشرة فيحتاج إلى التوكيل وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بشراء
الأضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة وجعلها إياه صلى الله عليه وسلم واعترض على
الضابطة بأنها غير مطردة ومنعكسة أما الأول فلأن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه
والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه وإذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذمي إذا وكل
بذلك جاز عند أبي حنيفة والجواب عن الأول أن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف وليس
بموجود في التوكيل بالاستقراض لأن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والأمر بالتصرف
في ملك الغير باطل ورد بأنه تقريب للنقض لا دافع وبأن التوكيل بالشراء جائز وما ذكرتم موجود فيه
والجواب أنه من باب التخلف وقيل عدم المانع في الأحكام الجلية غير لازم وأن محل عقد الوكالة
في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لا يقال
هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لأن ذلك محل التوكيل بالأخذ في العرض لا بالاستقراض

والمراد

والمراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذمي جاز له
توكيل المسلم والمسلم يمتنع توكيل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمتنع محل التوكيل وإن صح
التوكيل بعد وجود المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثاني بأن العكس غير لازم وليس بمقصود هاهنا
على أن قوله لأن الإنسان قد يعجز بأنه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة وإن لم
يكن ثمة عجز أصلا وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الأفراد ويجوز أن يقال
ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون
المناط هو الحاجة وقد يوجد بلا عجز قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الوكالة جائزة
في جميع الحقوق بالخصومة وكذا بإيفائها واستيفائها أما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة
إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات وقد صح أن عليا رضي الله عنه وكل عقيلا في الخصومة
لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعدما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر وأما بإيفائها فلأنه
جاز أن يباشر بنفسه فجاز أن يوكل به إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة باستيفائهما مع غيبة
الموكل عن المجلس لا تجوز لأن الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفى فيمن يقوم مقام
الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة
النساء مع الرجال وقوله وشبهة العفو دليل على القصاص لأن الحدود لا يعفى عنها وتقرير القصاص
تندرئ بالشبهات وهي موجودة لأن شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز أن يكون
الموكل قد عفى ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وأن تعفوا
أقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي يقول إنه خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه
دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا تندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعني
يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لأن الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم
الرجوع إذ الأصل هو الصدق لا سيما في العدول بخلاف ما إذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة
أي شبهة العفو بحضوره ومما لا يخفى فإن قيل إذا كان الموكل حاضرا لم يحتج إلى التوكيل
بالاستيفاء إذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله ولأنه ليس كل أحد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته
أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد باب الاستيفاء
إليه بالكلية قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص واستيفاء
غير الحدود والقصاص كما دخل في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول أبي
حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة
الشهود ... قول محمد رحمه الله مضطرب قيل هذا الاختلاف إذا كان الموكل غائبا أما إذا حضر
فلا خلاف لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره ولأبي يوسف أن التوكيل إنابة ولا إنابة
فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء
ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة
والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضي
وانتفاء المانع لأن المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة لأن الشبهة في
الشرط لا تضر لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف الاستيفاء فإنه يتعلق به
الوجوب وبخلاف الشهادة على الشهادة فإنه يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف إذا وكل المطلوب
بالقصاص وكيلا بالجواب لدفع ما عليه وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لأن الشبهة المذكورة على

فتدبر كونهما لا تمنع الدفع الا ترى ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العقوبة جائزة
لكن هذا الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس
صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان
ما قاله من شبهة عدم الامر به قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء سواء كان بالوكل
من المدعي او المدعا عليه الا بالمرض والسفر فلا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول
الباقي فيجي رحمه الله قال المصنف ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم ومعناه انه
وكل من غير رضاه هل يرتد برده ام لا عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة
الا برضا الخصم مجازا للتوليه لا يلزم ذكر الجواز وارادة اللزوم فان الجواز لازم اللزوم فيكون ذكر
اللازم وارادة الملزوم وفيه نظر لان الاشتراط ان الجواز لازم اللزوم عرفي ذلك في اصول
الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم
في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الى قوله
ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف
على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي اي بقبض الديون وايفائها ولابي حنيفة رحمه الله انا
لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس
القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا سلمنا خلوصه لكن تصرف الانسان في خالص حقه
انما ينفذ اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون
في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه
احد الشريكين فانها تتوقف على رضا الاخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه
بتخيره بين الامضاء والفسخ قوله بخلاف المريض بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه
وذلك ان الجواب غير مستحق عليهما لكونه بخالص حقه ويرد جوابا على التنزل لان توقع الضرر
اللازم بالمرض والسفر من فوات التاخير والموت اشد من اللازم بتفاوت الجواب ثم فصل
الاسبيجابي المرض المانع عن الحضور فهذا هو الذي يمنع عنه مطلقا واما المستطيع بظهر الدابة
او الحمال فان زاد مرضه صح التوكيل وان لم يزد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان
يوكل وهو الصحيح وارادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يصدق
منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره او بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة ولو
كانت الخصم امرأة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال ابو بكر
الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال
المصنف وهذا شيء استحسنه المتاخرون واما في الاصل فانه لا فرق عند ابي حنيفة
بين الرجل والمراة المخدرة وغيرها البكر والثيب والرجل قال ومن شرط الوكالة ان
يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي
يوسف واما على قول ابي حنيفة فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم
لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشا التوهم انه جعل اللام في قوله يملك
التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك
جنس التصرف احترازا عن الوكيل اذا وكل غيره فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم
يلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احترازا عن الصبي والمجنون يكون

ملكه

ملكه التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له ما لتوكيل
صح والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا الزم ان الوكيل ممن يملك جنس
التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم
وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رايه قوله لان الوكيل دليل
اشتراط ما شرطه به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه
فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال ولقائل ان يقول الوكيل
يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض
بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته وهذا لو تصرف لنفسه
صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ما ثبت
له خلافه فيكون الوكيل فيما يتصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة
ولا الكلام فيه ولا ينافيه ايضا الجواب بثبوت شيء بامرين على البدل والحاصل ان شرط الوكالة
ان يكون الموكل مالكا الا ان العارض عرض في بعض ذلك لان مبناها على التوسع ويشترط ان يكون
الوكيل ممن يعقل العقد ان البيع سالب للملك جالب للثمن ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش
وهو احتراز عن الصبي الذي لا يعقل والمجنون ويقصده بان لا يكون هازلا لانه يقوم
مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة وهذا يشير الى ان معرفة
الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتاب ان ذلك شرط
وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ان ما يدخل في المتاع
وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار وما يخرج عن تقويم المقومين مما لا
يطلع عليه الا بعد اشتغال بعلم الفقه واذا وكل الحر البالغ او المأذون البالغ مثلهما
جاز ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل
من اهل العبارة وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف فيها والوكيل من اهل العبارة
فهي صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه او المأذون ذلك جاز
لانه لا مانع في ذلك من جانب الموكل فان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه
باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل
ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد
لحق سيده ويعلم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من
لزومها حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لا يلزمه لان المانع قصور اهليته حيث
لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ واما قيد
بقوله محجورا عليه فيهما اشارة الى انهما لو كانا ماذونين تعلق الحقوق بهما كالوكيل
وهو ان الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او
مؤجلا واذا وكل بالشراء نسيئة لم يلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الامر
مطالبة البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما
يفيد الملك للضامن في المشترى وليس هذا كذلك انما هذا التزم مالا في ذمته ليستوجب
مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه
ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس انه لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان

يلزمه لان ما التزمه ضمان تمول بالحيث ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى
يستوفيه من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي الماذون من اهل ذلك والجواب
في العبد الماذون ايضا على هذا التفصيل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم
بحال البائع ثم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ محجور والمراد به محجور ويثبت له خيار
الفسخ لانه ما رضي بالعقد الا على ان الحقوق تتعلق بالعاقد فان ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر
على عيب لم يرض به قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين العقود التي يعقدها الوكلاء
على ضربين ضرب تتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل
الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق
تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه كما يعتبر بالرسول
وبالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما اما حقيقة
فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا له اهلية الايجاب والاستيجاب فكان
العقد الواقع منه له ولغيره واما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف
الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل
اصيلا في الحقوق فيتعلق به فلهذا قال القدوري في مختصره وقال محمد في المبسوط يسلم
المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم فيه لان ذلك كله
من حقوق العقد قوله والملك يثبت للموكل خلافة جواب عما قال الشافعي ان الحقوق
تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره ان الملك يقع للموكل لكن
بعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء
والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق
وهذا طريقة ابي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا قال شمس الائمة قول ابي طاهر
اصح وقال المصنف هو الصحيح فقيل قول ابي طاهر كقول الشافعي فكيف يصح جوابا
عنه مع التزام قوله فانه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب انه
ليس كذلك لانه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعي اصالة وتحقيق المسألة ان
لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل واعمالهما ولو
بوجه اولى من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس
لحصولهما بعبارته واهليته بطل التوكيل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا للموكل
لانه الغرض من التوكيل واليه اشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق
للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد
فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب قوله هو الصحيح احتراز عن طريقة الكرخي
وهو ان الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان الاول
الصحيح لان المشتري اذا كان منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك
المشتري لكان كذلك واجيب بان نفوذ العقد يقتضي ملكا مستقرا كما في الزيادات فيمن
تزوج امة ثم حرم على رقبتها فاجاز المولى صارت الامة مهر الحرة ولم يفسد النكاح وان
ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل في ثاني الحال فلا يعتق عليه
وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه

وقال

وقال القاضي ابو زيد الوكيل نائب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت
له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق وابا طاهر في حق الحكم
قال الصدر الشهيد هذا حسن وقال المصنف وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره واراد به
ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب
فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه قال وكل عقد يضيفه
الى موكله هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا
وكيل المرأة بتسليمها لان الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى
الموكل فانه ان اضافه الى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته كعبارة المرسل
فكان العقد صدر منه ومن صدر منه العقد ترجع اليه الحقوق كما في الضرب الاول قال المصنف
وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه يعني ان السبب في هذه العقود اسقاط
فيتلاشى يعني اما في غير النكاح ظاهر واما فيه فلان الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك
عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور الا ان الشرع اثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة
النسل وفي ذلك اسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه
لغيره ولقائل ان يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فاين قوله لان
الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب انا قد قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل
الى الموكل او يثبت له خلافة اعتبارا للتوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل
اعتبارا للعبارة وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لان الآخر يشترط اتحادهما لا يخرج كونها
للاسقاط فاما ان يثبت الحكم للوكيل وينتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل
وبالاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيرا ولقائل ان يرده على
ضابطه وتنبيها للطالب باعتبار انجزاه الله عن الطلبة خيرا قال والضرب الثاني
من اخواته اي ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار
يضيف الى موكله والحقوق ترجع اليه لانه من الاسقاطات واما الصلح الذي هو جار مجرى
البيع وهو الصلح عن اقرار فهو من الضرب الاول لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع يتعلق
حقوقه بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان او يتصدق بماله او يقرضه او يعير دابته او
يودع متاعه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امره به جاز على الموكل باضافته اليه بان
يقول وهبته لك موكلي او رهنه وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا ان يقبض الوديعة والعارية
والرهن والقرض متعلقة قال المصنف رحمه الله الحكم فيها يعني في الصور المذكورة يثبت بالقبض
والقبض يلاقي محلا مملوكا للغير فالحكم يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا مقتضاه اصيلا
في الحكم وليس الكلام فيه ويندفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا للغير اي لغير الوكيل كان نائبا
لملاقاته المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت
الى الموكل لجعل العبارة سفارة فكلما احتاج الى القبض اولى لضعفها في العلية وكذا اذا كان
الوكيل من جانب الملتمس نحو التوكيل بالاستعارة او بالارتهان او الاستيهاب فان الحكم والحقوق
ترجع الى الموكل دون الوكيل اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم

الموكل اما اذا قبض ويتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة
العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه لنفسه وكذا اذا وكل بعقد الشركة او
المضاربة كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل
استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس واعلم اني اعتذرت هاهنا ما ذكرته
في اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد
الله وان سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فان محصل المقال ان موجبه التوكيل بالاستقراض لا يصح
لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز ورد بان التوكيل بالشرا فيه امر بقبض المبيع وهو
ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محله في
الاستقراض البدل في ذمة الموكل واجيب بان محل ايجاب القرض الاستقراض وفي التوكيل بالهبة
والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ لا يتوقف بدل على المستعير
والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا بالاستعارة والاتهاب ولهذا محله فيهما عبارة
الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك
فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب ان اعتبار العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة
ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزمه في الذمة اذ لم يكن فيها بدل في الذمة فلو
اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل لازم لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص
واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب بخلاف الرسالة فانها
تصح في الاستقراض قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض
للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان يستقرض منك كذا فحينئذ يثبت
الملك للمستقرض يعني المرسل **قال** واذا طالب الموكل المشتري بالثمن اذا طالب الموكل المشتري
بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد
ولهذا لو نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يكن مطالبة
الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا
لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه وهذا في
العرف وانما في الفرق فقبض الموكل الان جوازه بالنقض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول
لو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض قوله ولهذا لو وجد
لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشتري على الموكل دين وقع المقاصة ابرا
بعوض فيعتبر بالابرا بغير عوض ولو ابراه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري
بابرا الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك هاهنا فان قيل المقاصة
لا تدل على كون الثمن حق الموكل فانه تعيد بدين الوكيل اذا كان له عليه وصار اجاب بما ذكرنا
ان المقاصة ابرا بعوض وهو معتبر بالابرا بغيره وللوكيل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان يبرئ
المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل في الابرا والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان
الابرا اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان الابرا مسقطا حق نفسه ولهذا نظرنا انه لو كان
كذلك لما جاز الابرا من الموكل لانه لا يتصرف في حق الوكيل والجواب ان الثمن حقه فاذا ابراه وان لم يبرئه
من الوكيل هو ذلك فاذا ابرا اسقط حق القبض وليس للموكل حق قبض فلزم من ذلك سقوط الثمن

ضرورة

ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء من مالية العبد عليه واستحسن ابو يوسف رحمه الله فقال
الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا ان
الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقطه وليس للموكل حقه فيمنعه
سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا قيل كان الجواب الواجب لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يجب
المقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب بانه في المقاصة وصولا متقدما ان كانت بدين الوكيل فلا مانع
من الجواز

باب الوكالة بالبيع والشرا

قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا واشد حاجة وهو الوكالة بالبيع والشرا وقدم
فصل الشرا لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات

فصل في الشرا

ومن وكل رجلا بشرا شيء فلا بد الخ اذا وكل رجلا بشرا شيء بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته
اي نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع هاهنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق
فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان
والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع
المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح الفقهاء والنوع
الصنف ومن وكل رجلا بشرا شيء فاما ان يكون معينا اولا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شيء والثاني لا بد
فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل ان يقول اشتر لي عبدا هنديا او تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل ان يقول
عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما
به معلوما فيمكنه الائتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف او الثمن غير معتبر المعرفة فلا يتمكن الوكيل
من الائتمار بما امر به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو
الشرا والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس
هو الشرا بل شرا نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه الا في القسم الآخر وهو
التوكيل العام مثل ان يقول ابتع لي ما رأيت فانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا ويقع
عن الآمر والاصل ان الجهالة اليسيرة متحملة في باب الوكالة استحسانا والقياس يأباه لان التوكيل
بالبيع والشرا معتبر بنفس البيع والشرا بان يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل
وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكر ان مبنى التوكيل على التوسعة
لانه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة تضييقا

وحرجا وكذلك خلعه باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه وصفته فذلك معلوم صحت الوكالة به لا محالة وان ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على اجناس مختلفة فان ضم الى ذكره بيان النوع والثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة بين الثمن او لا للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف على الخيل والبغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى مقصود الآمر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن واذا قال اشتر لي عبدا او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو الذي ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت لانه بذكر النوع تقل الجهالة وكذا اذا قال عبدا بخمسمائة او جارية بالف صحت لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما عادة فلا حاجة الى الصفة وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة اي الجودة والرداءة والوسطة وكذا ان ذكر وضع الجامع الصغير بيانه اشتمال لفظه على اجناس مختلفة كما اشرنا اليه قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا يأكل طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح بالاعتبار من القياس والعرف في شرى الطعام انه يقع على الحنطة ودقيقها عندهم يعني سوق الطعام اما في عرفنا فعن بعضهم [illegible] كل مطعوم قال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه فان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان بين ذلك فعلى الدقيق هذا ان ظاهرهم يدل على ان ما ذكروا هو مطلق اي سواء كانت الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الثاني المعرف بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول ابي جعفر الهندواني ولكن ذكر في النهاية انه ليس بقول يخالف الاول بل هو داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله فقال في المبسوط بعدما ذكر ما قلنا ثم ان كانت الدراهم قليلة فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فالمسئلة ان يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة وادقها في تحقيق ذلك العرف بطريق اطلاق اللفظ [illegible] لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها تعين افرادها عينته العرف وقد يعرض ما يرجح ذلك ويصرفه الى الخلاف مما يحتمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع الوكالة للعلم بان المراد ذلك قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب واذا اشترى الوكيل ما وكل به ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده او دفعها الى الموكل فانه كان في الاول كان له ان يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان في الثاني لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان في الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا اي لكون الحقوق كلها اليه وكان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره كالمستحق قبل التسليم الى الموكل قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم اذا وكل شخصا بان

يعقد عقدا

يعقد عقدا على ما مر في اول كتاب الوكالة ولو وكله بان يقبل السلم لا يجوز لان التوكيل ببيع طعام في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ماله بنفسه العين على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون واعترض بان قبول عقد يملكه الموكل فالواجب ان يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبان التوكيل بالشراء جائز لا محالة والثمن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز ان يكون المال المسلم اليه والوكيل مطالب بتسليمه واجيب عن الاول بان الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الامر به وعن الثاني بان كلامنا فيما اذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل في الشراء يملك المبدل ويلزم البدل في ذمته فان قيل جعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء اجيب بان هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق في ذلك بين ان يضيف العقد الى نفسه او الى الآمر لاطلاق ما يدل على بطلانه ولا بد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم في المجلس فان قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن يتعلق به الحقوق او ممن لا يتعلق به كالصبي والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما وان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالعاقد بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل ومفارقة الموكل غير معتبرة لانه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد وقوله بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع في بعض النسخ بخلاف الرسولين الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم بل من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه فكذلك الرسول ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه لان الرسالة في العقد لا في القبض والا كان فرقا بلا قبض واذا كانت لا تنتقل كلامه الى المرسل فكان الرسول كقبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية اي ضمنا والوكيل كالبائع من المشتري لثبوت احكامها فيها اذا اختلفا في مقدار الثمن بينهما تحالفا وان وجد الموكل عيبا بالمشتري رده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة [illegible] قيل ما ذكر من التحالف على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا الفرع الحكمي اذا ثبت بدليل على وجوده صلح ولا امتناع في كونه دليلا واما المتبع في كونه علة له اصلا واذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري من جهته فيرجع عليه [illegible] ولان الحقوق [illegible] ذا كان الدفع باذن الموكل فالاذن ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم انه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضيا بذلك كما اذا امره به [illegible] وهلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه والموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك

في يد الموكل فلا يبطل الرجوع وللوكيل أن يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع
من الموكل وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن وعلى هذا لا فصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن
إلى البائع أو لا وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضا بيد الوكيل
فصار كأنه سلمه إليه والحبس في المسلم غير متصور ولنا في ذلك طريقان أحدهما أن نقل التسليم
الاختياري يسقط حق الحبس لأن المبادلة تقتضي الرضى وهذا التسليم ليس كذلك لكونه
ضروريا لا يمكن التحرز عنه لأن الوكيل لا يتوسل إلى الحبس ما لم يقبض ولا يمكن أن يقبض
على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس والثاني أن يقال إن قبض الوكيل في الابتداء
متردد بين أن يكون لنفسه مقصود الموكل وأن يكون لأجل حقه وإنما يتبين أحدهما بحبسه
فكان الأمر فيه موقوفا في الابتداء وإن لم يحبسه عنه عرفنا أنه كان عاملا للموكل وإن حبسه
كان عاملا لنفسه وإن الموكل لم يصر قابضا بقبضه فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان
الرهن عند أبي يوسف يعتبر الأقل من قيمته ومن الدين فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلا
وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول أبي حنيفة
يسقط الثمن به قليلا كان أو كثيرا على الموكل إن كان مثله الثمن ويرجع الموكل على الوكيل بتتمته عند
زفر يقول منعه حقه بغير حق لما ذكرنا أن قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار
غاصبا ولهما أي لأبي حنيفة ومحمد أن التوكيل بمنزلة البائع من الموكل كما تقدم والبائع حبسه
إنما هو لاستيفاء الثمن فكذا إذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض بأنه لو كان
كذلك للزم الضمان بحبس وإن لم يحبس لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبس وأجيب بأنه إذا
حبس تعين أنه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان وأما إذا لم
يحبس فقبضه كان للموكل فأشبه الرسول فهلك عنده أمانة ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس
للاستيفاء بعدما لم يكن مضمونا لأنه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل
ما هو كذلك فهو بمعنى الرهن لا بمعنى البيع فإن البيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهو
الأمانة مدعاة وبخلاف المبيع لنفي قولهما يعني أن المشتري ليس كالمبيع ههنا لأن البيع ينفسخ
بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ أصل البيع يعني الذي بين الوكيل وبائعه وأجاب المصنف
بقوله قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وإن لم ينفسخ في حق البائع ومثله لا يمتنع كما لو وجد
الموكل عيبا بالمشتري فرده ورضي به الوكيل فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين
الموكل فقيل وهذا مغالطة على أبي يوسف لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع
وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الأول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين
الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الأصل إذا هلك في يد الوكيل لخروجه
عن موضع النزاع وأنه كما ترى فاسد لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد
بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل إذا تأملت حق التأمل وجدت ما ذكر
عن جانب أبي يوسف غلطا أو مغالطة وذلك لأن البائع من الوكيل بمنزلة البائع كما إذا انفسخ
العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكر أحدهما **قال**
وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم وكل رجل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين
رطلا بدرهم فإما أن يكون ذلك من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم أو مما يباع منه عشرون
رطلا بدرهم فإن كان الأول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه

العشرون وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل
أي في وكالة المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه لزم الآمر عشرة منها
بنصف درهم والباقي للمأمور لأبي يوسف أن الموكل أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم
وظن أن سعره عشرة أرطال والوكيل لم يخالفه فيما أمره وإنما خالفه مخالفة إلى الخير وليس
على الوكيل في ذلك شيء لا سيما إذا زاده خيرا وصار كما إذا وكله بأن يبيع بألف فباعه بألفين
ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة وظن أن ذلك المقدار
يساوي درهما وقد ظنه أيضا أمره فينفذ شراء ها عليه وشراء العشرة على الموكل لأنه أتى
بالمأمور به وفيه بحث من وجهين الأول يجب أن لا يلزم الآمر شيء من ذلك لأن العشرة
تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة
كما إذا قال الرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن
الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا والثاني إذا أمره
أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل منهما يساوي عشرة قال
أبو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما يعني لا يلزم الآمر منهما شيء والمسألة [illegible]
وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين في مسألة الطلاق وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك
لا يقع إلا في الضمن ما يضمنه وما يضمنه لم يصح لعدم الأمر به فكذا ما في ضمنه وأما
فيما نحن فيه فكل قصدي لأن أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن في الشراء
وعن الثاني صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الأمثال ولا تفاوت في قيمتها إذا كانت من
جنس واحد وصفة واحدة وكان متحققا فكان للوكيل أن يجعل للموكل أي عشرة شاء بخلاف
الثوب فإنه من ذوات القيم فالثوبان وإن تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن
وذلك لا يعارض حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه وإلى هذا أشار في التتمة
فقال لأني لا أدري أيهما أعطيته حصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن
وهذا لا يتمشى إلا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط وأما عند غيره
فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك أن يقال اللحم مقدر والقيمة قد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب
فإن تطرق الخلل في احتمال التساوي كثير مادة وصورة وطولا وعرضا ورقعة وأصلا لكونه
حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل خللا وما استشهد
به جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بتوكيل العبد بألف وبيعه بألفين بأن الزيادة
هناك بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب أن الزيادة ثمة مبدل عنه لا بدل فكان الفرق ظاهرا
والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وأقل ذلك أن الألف الزائد
لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى تأخرا وقد يتعذر ذلك في
اللحم فيتلف وإن كان الثاني كان المشترى للوكيل بالإجماع لوجود المخالفة لأن الآمر سمينا والسمين
والمشترى مهزول لم يحصل مقصود الآمر **قال** ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يصح له أن يشتريه
لنفسه لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر لأنه اعتمد عليه وذلك لا يجوز وكان فيه عزل نفسه عن
الوكالة وهذا لا يملكه ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لأنه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه
كسائر العقود فإن اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل إلا إذا باشر على وجه المخالفة
فلا بد من بيان ما يحصل به المخالفة فلا بد من بيان ما يحصل به المخالفة فإن سمى الثمن فاشترى

بخلاف جنسه او لم يسم فاشترى بغير النقود او وكله رجلا بشرائه فاشترى وهو غائب يثبت الملك
في هذه الوجوه للوكيل لانه خالف الامر فينفذ عليه اما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمي فظاهر وكذا
اذا اشترى بغير النقود لان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكله وكيلا لانه مأمور
بان يحضره رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة
بعينها اذا زوج من نفسه بمثل مهر المثل المأمور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف
في المهر المأمور به واجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل ... منه ليس بمضاف
اليه حيث انكحها من نفسه هو ان يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف الى الموكل لا محالة
فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل واذا عرفت ما به المخالفة فما عدا موافقة مثل ان
يشتري بالمسمى من الثمن او بالنقود فيما اذا لم يسم او اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل
فينفذ على الموكل لانه اذا حضر رأيه لم يكن مخالفا قيل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء والنكاح
والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول او فعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازه
وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثاني اذا طلق او اعتق بحضرة الاول لا يقع والرواية
في الذخيرة والتتمة واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الرأي
الى الوكيل وتفويض الرأي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأي ولا حاجة فيهما اذا الذي
عين ما لا الى الرأي فجعلناها مجازا للرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة
المرسل فكان الرسول المأمور مأمورا بنقل عبارة الامر لا بشيء آخر وتوكيل الآخر والاجازة
ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل واما في البيع والشراء وغيرهما فان العمل بحقيقة الوكالة
ممكن لانها محتاج فيها الى الرأي فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر
بحضوره او باجازته قال وان وكله بشراء عبد فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل
او يشتريه بمال الموكل وقوله هذا يحتمل ان يكون مراده النقد من مال الموكل وان يكون
الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المصنف لان هذه المسئلة على وجوه لانه اما ان
يضيف العقد الى مال الموكل او الى مال نفسه او الى دراهم غيره مشتكل شرعا وعرفا لكونه غصبا اذا الدراهم
الامر وان كان الثاني كان الملك مورجلا لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب
الدراهم ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول
والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف الثمن الى غيره شرعا فكذا لا يحل
له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والفائدة مشتركة لا محالة والاول اولى لانه يثبت
بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواها للامر فهو
له او لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل بشيء بغير عينه وان
اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالاجماع فمن اي مال نقد الثمن
كان المبيع له لكونه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا وان تواقعا
على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله
لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية له او بالفرض عدمه وقال ابو يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه
مطلقا يحتمل الوجهين ان يكون له ولغيره فيكون موقوفا فمن اي المالين نقد تعين به احد
المحتملين ولانه مع تصادقهما يحتمل انه نوى للآمر ونسيه قوله وفيما قلنا يعني تحكيم النقد
حمل حاله على الصلاح لانه اذا كان النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو

لنفسه ان نقد من دراهم الموكل والشراء له وان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من
دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا معتبر بالنقد وحالة في فيما اذا تصادقا على انه لم تحضره
النية وقت الشراء انه يقع للوكيل او يحكم النقد بالاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو
مطلق لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري ان يشتريه بمال الموكل على الاضافة اولى ولهذا
قال المصنف وهو المراد عندي يعني الكلام في ان الاضافة الى اي نقد كان ينبغي ان لا يعتبر
شيئا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء يتملك الدراهم يتعين
وانما نقول الوكالة يتقيد بها على ما سيجيء من انها تتعين في الوكالة الا ترى انه لو هلكت قبل
الشراء بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة والله اعلم

فصل في التوكيل بالشراء على هذه الوجوه

انما خصه بالذكر مع اشتماله حكمه من التوكيل بالشراء لقول بعض مشايخنا فانهم
قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد
وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في مسئلة التوكيل بالسلم وهذا القائل فرق بين مسئلة
الشراء والسلم على قول ابي يوسف لان النقد اثر في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل
السلم فاذا جعل من له العقد بينا بالنقد ~~اثر في تنفيذ السلم لان المفارقة بلا نقد تبطل السلم~~
وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الحجة الاصل قال ومن امر رجلا بشراء عبد
بالف فقال قد فعلت وانكر الموكل فاما ان يكون التوكيل بشراء عبد معين او غيره والاول سيجيء
والثاني اما ان يكون ميتا عند الاختلاف او حيا وعلى كل من التقديرين فاما ان يكون الثمن
منقودا او غيره فان كان ميتا والثمن غير منقود فالقول للآمر لان المأمور اخبر عما لا يملك استئناف
سببه وهو الرجوع بالثمن على الامر فان سبب الرجوع على الامر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه
لان العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع
على الموكل وهو منكر فالقول قوله فقوله لا يملك استئناف سببه فيه مجاز بالحذف وقوله وهو
راجع اليها في حيز عما وان كان الثمن منقودا فالقول قول المأمور لانه امين يريد الخروج عن
عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلفا فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور
لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك استئناف الشراء بلا
فلا يتهم في الاخبار عنه فان قيل ان وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل اجيب
بان يملك استئنافه الشراء كان يرجع التصرف ويمكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بايعه ثم يشتريه
للموكل وعند ابي حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة
خاسرة اراد ان يلزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل تبعا لذلك
اي الخروج عن عهدة الامانة ولا يجوز ان ههنا يعني فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل ...
~~فيه ههنا يعني فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة~~
وان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او لا

بالاجماع اما عندهما فلانه يملك ابتنيافه واما عند ابي حنيفة فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه
لا يملك شراءه لنفسه وهو لا يملكه في حال غيبته بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع الشرى له بخلاف
ما اذا كان العبد غير معين فان فيه التهمة المذكورة من جانب ابي حنيفة وان كان العبد هالكا والثمن
منقودا فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للامر
لانه اخبر عما لا يملك استينافه ويريد بذلك الرجوع على الامر وهو منكر فالقول قوله قال ومن قال لاخر
بعني هذا العبد لفلان حتى قال الاخر بعني هذا العبد قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه والاقرار
بالشيء لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل لعل ذلك الشيء بمنزلة الوكالة بل
يحتمل ان يكون الشفاعة كالاجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك
اي لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة
في الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه وان قال فلان لم آمره لم يكن له ذلك الا ان يأخذه
لان الاقرار يرتد بالرد الا ان يسلمه المشتري له اي الا ان يسلم المشتري له العبد المشترى لاجله
اليه ويجوز ان يكون معناه الا ان يسلم فلان العبد المشترى لاجله وفاعل يسلم ضمير يعود الى
المشتري بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها فيكون بيعا وعليه العهدة اي على فلان عهدة لانه
بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس
لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع قال ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما
ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق عن تقييد شرائهما متفرقين او مجتمعين
فقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما يتغابن الناس فيه قوله جاز اي جاز شراء احدهما
الا فيما يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يحتمل الغبن الفاحش بالاجماع
بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة يجوزه بالبيع بغبن فاحش وان امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما
سواء فعند ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الامر
لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء وكلما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لوقوع الامر بذلك دلالة
فكان الامر بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير والزيادة الى الشر
قليلة كانت او كثيرة فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا والقياس ان
لا يلزم الامر اذا اشترى احدهما بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف
قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان ان شراء الاول قائم فاذا اشترى الباقي حصل
غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا
جاء الصريح وامكن العمل به بطل الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف
الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل
مطلقا لكنه يتقيد بالمتعارف وهو ما يتغابن الناس فيه لكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشتري
بمثله الباقي ليحصل غرض الامر قال ومن له على اخر الف درهم فامره ان يشتري بها عبدا معينا صح
على الامر ولزمه قبضه اذا ما قبضه قبل الموت لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين
البائع جاز كما سنذكر فكذا اذا عين المبيع بالاتفاق وان امره ان يشتري بها عبدا بغير
عينه فاشتراه فان قبضه الامر فهو له كذلك وان مات في يد الوكيل قبل ان يقبضه الامر
مات من مال الوكيل عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا هو لازم للامر اذا قبضه المامور
وعلى هذا خلاف فاذا امر من عليه الدين ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه فان عين المسلم

اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف وانما خصهما بالذكر لدفع ما
عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس لهما ان الدراهم والدنانير
لا يتعينان في المعاوضات دينا كان او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا
ان لا دين لا يبطل العقد وما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل
ويلزم الامر لان يد الوكيل كيده وصار كما لو قال تصدق بما لي عليك على المساكين ولابي حنيفة
رحمه الله تعالى انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منهما او بالدين
منهما ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت ونقل الناطفي عن الاصل ان الوكيل بالشراء
اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم
نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمسئلتان تدلان على ان
النقود في الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكور في الكتاب لا يفصل بين ما قبل القبض
وما بعده والاخرى تدل على انها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب قال في النهاية هذا
على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا يتعين في الوكالات
ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال قال محمد في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه
الالف درهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى
الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في
الوكالة قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم
والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء واما بعد
التسليم الى الوكيل هل يتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتعين لما ذكرنا وعامتهم
على انها لا تتعين كالو فائدة النقد والتسليم على قول العامة توقت بقاء الدراهم المنقود
وهذا قول منهم بالتعيين لان المراد به هو انه توقت بقاؤها وقطع الرجوع على الموكل فيما
وجب للوكيل عليه ولقائل ان يقول تعلق هذا في كلام المصنف نظر لانه اثبت قولا لابي
حنيفة لقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة بمائتي سنة والجواب ان المصنف لم
يتعرض بان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده في ذلك كان كما نقل عن محمد في الزيادات
من التقييد بعدم التسليم ثم قال صاحب النهاية انما قيد بهذا لان بطلان الوكالة مخصوص
به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكروا
في شرح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء
بطلت الوكالة بل انما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل
الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كان عينها باقية فذكر
الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما قوله فاذا تعينت هو تتمة الدليل
بتقريره انها تتعين في الوكالات واذا تعينت صار تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير
ان يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري
بان كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز
لذلك او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى
بامثالها فكان ما ادى المديون الى البائع او الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل
القبض والامر بدفع ما لم يملكه باطل وصار كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت فانه باطل

لانه لم يرض بما لا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه وقوله بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع والمسلم اليه فان التوكيل صحيح لانه الآمر لانه يصير البائع او لا وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وكذلك المسلم بتمليكه من غيره من عليه في الامر يصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغي ان يجوز بجعله وكيلا بالقبض لئلا يكون معينا واجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير وقوله بخلاف جواب عن قياسهما على الامر بالتصدق ولم يذكره في الكتاب وقد قدمناه في سياق دليلهما وذلك ظاهر وقوله واذا لم يصح التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بانه غير صحيح نفذ الشراء على المأمور فاذا هلك عنده انعقد بينهما بيع بالتعاطي فان هلك عنده كان من ماله قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول للمأمور ومراده اذا كانت تساوي الالف لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فالقول قول المنكر وان كانت الجارية تساوي خمسمائة فالقول للآمر لان التوكيل خالف الى شر حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر انما امر بما يساوي الفا فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه واختلفا فالقول للآمر اذا كانت قيمتها خمسمائة لانه خالف الى شر وان كانت قيمتها الفا فمعنى قوله فالقول للآمر يتحالفان ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان يلزم الآمر سواء قال المأمور اشتريتها بالف او باقل منها لانه ان اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل كان مخالفا الى خير وذلك يلزم الآمر وهذا لانهما في الفصل الثاني بمنزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما ويلزم الجارية المأمور وفيه مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن لم يكن الاختلاف اعتبر المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك والجواب ان في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبر فيه بخلاف الثاني قال واذا امره بشراء عبد معين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا وهو قول ابي جعفر الهندواني لان تصديق البائع يرفع الخلاف فيحصل ما ذكرنا بمنزلة انشاء العقد ولو انشاه لزم الآمر فكذا ههنا بخلاف المسألة الاولى لان البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه وقيل يتحالفان كما ذكرنا فانه قيل المذكور ثمة فالقول قول المأمور مع يمينه والتحالف يخالفه اجاب بقوله وقد ذكرنا يعني معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لان البائع الموكل مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المقصود بالتحالف كان اعظم اليمين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر اولى وقوله والبائع بعد استيفاء الثمن جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع فان البائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا في الخلاف والتحالف قال المصنف وهو قول الامام ابي منصور وهو اظهر قال في الكافي وهو الصحيح

باب في التوكيل بشراء نفس العبد

لما كان

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب ان يذكر في فصل على حدة والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين ان يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهي المسألة الاولى وان يوكل العبد رجلا ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف بينهما والعلماء جعلوا الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل او المفعول وذكر احدهما متروك مثل ان يقول في توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجل قال واذا وكل العبد رجلا بان يشتري له نفسه من مولاه بالف درهم ودفعها اليه فلا يخلو اما ان يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه او لم يعينه فان عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى اما انه حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من العبد وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمأمور سفير عنه اذا اضاف العقد الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه لنفسه واما ان الولاء للمولى فلانه لما كان اعتاقا اعقب الولاء للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد المشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما امكن وامكن العمل بها اذا لم يعين فحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب سلمنا ذلك لكن شراء العبد نفسه فانه الحقيقة تعذرت ثم فتعين المجاز واذا كان معاوضة ثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف اخرى ثمنا للعبد فانه اي الثمن في ذمته اي المشتري لان الاداء لم يصح قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشتري فاما اذا وقع الشراء للعبد لنفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير فيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد الف اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه ثم قال وفي كلام المصنف ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا بلا بدل وهذا بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد يعني ان يوكل اجنبي اجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لوقوع الشراء للموكل لان العقدين يعني الذي وقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفي الحالين اي حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله يتوجه المطالبة نحو العاقد ولا يحتاج الى البيان اما ما نحن فيه فان احدهما اعتاق يعقب الولاء ويوجب الجناية عليه وربما لا يرضاه والآخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المصنف عسى بكاد فاستعمل استعماله وقوله ولا مطالبة على الوكيل هو رواية كتاب الوكالة لان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل هكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير ووجهه ان توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشراء لغيره وهناك يصير هو الطالب بتسليم البدل فكذا ههنا ووجه الاول وهو الصحيح ان الوكيل

من جانب العبد في عتقه ستعرف فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الامر ولما لم يمن قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل قال ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فهذه هي المسئلة الثانية ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضاف الى موكله بان قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد والعبد للامر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها للمولى حتى لو اقر بها لغيره لم يصح والعبادة من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال لكان توكيله بشرائها كتوكيله بشراء عبد آخر من اموال المولى او كتوكيل اجنبي بشراء نفسه الا ان مالية فقط يعني هو اجنبي من ماليته لانها بيد المولى حتى لو اراد المولى ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع اختيارها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه قلت لا احتراز عنه فانه غير ممكن فلا يصح تسليمها لاستحقاق الحبس لكان يقع قبض الوكيل الذي للمشتري يقبض للموكل حتى ينتهي للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز اجنبي بان يكون مالية العبد في يد الامر حتى لا يحتاج الى قبض آخر ذلك فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام ممكن لا يجعل في غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا ينفك عن نفسه فاذا اخرج نفسه عن ملك البائع ومالية لا ينفك تسليمها اليه ولا حبس بعد التسليم قوله فاذا اضافه الى الامر صح الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الامر صح فعله امتثالا والعقد اذا اضافه الى الامر صح فعله امتثالا فيقع العقد له قياسا على الحر نوكل بشيء فعله وقوله فعل فهو للامر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت فهو ينفي ما ذكر في الجامع فان اضافة العقد الى الموكل انما يفيد الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع الا اذا اشترى لنفسه كما يأتي فانه اعتاق على مال متعذر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مشتريا بقول العبد بعني نفسي فان قلت اذا اضاف الى الموكل يجب ان يطالب بالثمن اجيب بانه في ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد يكون محجورا عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق اجيب بان الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة يستدعي به تصور صحة المباشرة وهو الاذن وان اضاف الى نفسه فقال بعني نفسي منى فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة لا ينفك عنه لا يكون مولاه لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لان القول لا يحتمل الا انما هو من حيث الاطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الا انما والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ

لما فرغ من بيان احكام الطلاق والنكاح

فصل في البيع

ذكر في التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشراء عليه فهو وجه تأخير البيع قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده اذا وكل مطلقا بالبيع او الشراء او بهما لا يجوز ان يعقد مع من لا تقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى بمثل القيمة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه وعبارة الكتاب يدل على ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولا بد من تقرير الاقوال قبل الدلائل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة في البيع وباقل منها في الشراء فهو جائز باتفاق الروايات عنه جائز عند ابي حنيفة في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة اذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جانبهما قوله لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانها اما ان يكون من حيث اتحاد العين والمالية وليس شيء منهما موجودا اما الاول فلان الاملاك متباينة حتى يحل للاب وطء جاريته نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطؤها ولا يحل له وطء جارية ابيه والمنافع منقطعة لان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه واذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب العمل بالجواز كما في البيع من الاجنبي واما المنع من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما في العيب وفي ذلك من التنافي الذي لا يتحقق قيامه بمحل واحد في حالة واحدة وكذا للمولى حق في اكساب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته ولا تزوج عبده فينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي حنيفة القول بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت موضع امانة وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة الميل فان قيل ما الفرق لابي حنيفة في تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح او لم يظهر مع انه لا يحل له ظهور حكم الوكيل اجيب بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز ان يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة الاستبداد والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشرط عري عنها غيرهما فكان ما يتوهم عدم جوازهما مع هؤلاء فبين ان الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الوكيل بالبيع يجوز ان يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبالجمد بسكون الميم ما جمد من الماء

لشدة الورد لتسمية للاسم بالمصدر بانه الصنف ولا الخرو بالاضحية بايام الغلا او قبلها
تحل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر وان لبيع بغبن فاحش
بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والاب والوصي لا يملكانه
وكذا المقايضة بيع من وجه وشرا من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من
الملك ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شرا فلا يتناوله مطلق اسم البيع
لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع
مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة فيما وكلما يطلق عليه البيع
قوله والبيع بالغبن شرا في الجواب يعني سلمنا ان المطلق يتقيد بالمتعارف لكون
البيع بالغبن او بالعين اي العرض متعارفا وعند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة ربحه او
لخرجها وعند التبرم من العين وعند ذلك لا يبالي بقلة الثمن وكونه مكان العرف
متبشرا لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما ادعيه الخصم
فيندفع نزاعه او نظير مكابرته والمسائل المذكورة مروية عن ابي يوسف على ذلك الوجه
واما عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى فهي على اطلاقهما والبيع بالغبن او العين بيع من
كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن او العين فلا يجعل هذا بيعا مطلقا في
اليمين يجعل في الوكالة كذلك واعترض بانه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع
جريانه في البيع في ذلك النوع لان ايمانه لو حلف ان لا ياكل لحما فاكل لحما قديدا حنث وفي
التوكيل بشرا اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر واجيب بان
التوكيل بشرا اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع
التوكيل عليه فعلم بهذا ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب كذلك واما
البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا
فيقال بيع رابح وبيع خاسر فاذا كان ذلك بيعا من كل وجه يملكه الاب والوصي
لا يملكانه ومعناه ان كلامنا في الامر المطلق بالبيع وهما اي الاب والوصي ليس امرهما ذلك ولكن
ليس امرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نسلم ان المقايضة بيع من وجه
وشرا من وجه بل هي بيع من كل وجه وشرا من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما وهو
مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع فكل ما صدق
عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشرا من كل وجه ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة
عبارة عن اخراج ملكه متوسلا به الى تحصيل ملك غيره والشرا عبارة عن تحصيل ملك
غيره متوسلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة في البيع فالبيع والشراء
يتلقيان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما حالا في
لفظ خصه عليه وكذلك لتمييز البيع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشرا
فيسقط ما قيل اذا كان بيعا من كل وجه وشرا من كل وجه فيما اذا رجح ابو حنيفة
جانب البيع وما قيل ان كان شرا من كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشرا وهو لا يملكه
الشرا بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب ان لا يجوز المقايضة الا اذا كان ما يقابله
من العرض مثله في القيمة او با قل منه يسيرا كما روى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله
تعالى وذلك لان الموكل المطلق في توكيله البيع يعتبر ذلك ويرجح جانبه ويجوز له ان

ببيع

يبيع بما عز وهان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له ان يبيع باقل اصلا لانه موكله لا يملك ذلك
بالنقد فكذا وكيله تعليلك بعقلا وتطبيقه على ما في الكتب من الاخذ بعين الحجة عند المتصدي
لتلفيقه ان شاء الله تعالى قال والوكيل بالشرا يجوز عقده الوكيل بالشرا يجوز له ان يشتري
بمثل القيمة والغبن اليسير دون لان التهمة فيه محققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه
او قد وجده خاسر الصفقة يحيل على ما مرحتى لو كان وكيلا بشرا شي بعينه قالوا ينفذ على الآمر
لانتفا التهمة فيه لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه وقد رايت بقوله قال اي قال عامة
المشايخ قال بعضهم قال يحتمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يحتمل فيه اليسير
ايضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد
من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشرا لانه يطلق
العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال الذي
لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فيكون مقابله ما يتغابن الناس
فيه قال شيخ الاسلام هذا التحديد فيما له قيمة معلومة في البلاد كالعبيد والدواب
فاما ما له قيمة كالخبز واللحم وغيرهما فاذا الوكيل بالشرا لا ينفذ على الموكل وان قلت الزيادة
كالفلس مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين كالدخل تحته ما يحتاج فيه الى
تقويمهم ولا حاجة ههنا للعلم به ولا يدخل فيه الغبن اليسير وهو الظاهر وقيل الفاحش
ويساعده سوق الكلام في العروض ثم في الهداية فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيل
لنقم الامر وان زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان ما يزيد بقلة التجربة
وينقص بكثرتها وقلتها بقلة وقوع التجارات وكثرته ووقوعه في القسم الاول اكثر وفي الاخير
قليل وفي الاوسط متوسطة وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعل اصلا والدراهم
ما التجانس لاجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من
النصفه فكان يسيرا وضوعف بعدد ذلك بحسب الواقع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر ضعفه
وما كان اقل اعتبر ضعفه والله سبحانه اعلم قال اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي
حنيفة رحمه الله تعالى لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع يجري على اطلاقه واستوضح
بقوله الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فاذا باع النصف اولى وقالا لا يجوز لان
التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف
تدبيرا وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقي
قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا
استحسان عندهما فان وكله بشرا عبد فاشترى نصفه فالشرا موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل
اي الفرق لابي حنيفة بين التوكيل بالبيع والعتق لابي حنيفة ان التهمة في الشرا محققة على ما مر من انه لعله
اشتراه لنفسه الى اخره وفرق آخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك بيع
العبد او نصفه واما الامر بالشرا فانه صادف ملك الغير فلم يصح ولا يعتبر فيه التقييد والاطلاق
اي اطلاق الامر وتقييده يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشرا لان التوكيل بالغير امر بالشرا وقد قال الامام
بالشرا صادف ملك الغير فلم يصح ولكن اجاز ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبي
صلى الله عليه وسلم وكله بشرا الاضحية واذا صح فلا بد له من محل يجعل الثمن الذي في ذمة الوكيل
لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا لا

لكونه ملكا ما

للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه اولى قال ومن امر رجلا ببيع عبده ومن امر رجلا ان
يبيع عبده فباعه وقبض الثمن اولم يقبض فرده المشتري على البائع بعيب فاما ان يكون ذلك بقضاء
او بغيره فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون بعيب يحدث مثله اولم يكن فان كان لا يحتاج الى حجة
وفيما بين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل لا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء
فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان بعيب يحدث
مثله فان رده ببينة او باباء يمين فكذلك لان البينة حجة مطلقة والكاملة فيتعدى والوكيل
في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الامر وان رده باقرار
لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه امكنه السكوت والانكار حتى يعرض
عليه اليمين ويقضي بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكول الموكل لان الرد بالقضاء
فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن
حيث القصور لا يلزمه وفي بعض الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قاله في النهاية اذا اقر
الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى فصل القاضي لانه يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما ان يكون
بعيب يحدث مثله اولا فان كان الاول ورده باقرار لزم الوكيل وليس له ان يخاصم آمره وعن عينه
بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد حصل من جهته فكان باعه اياه بيع
جديد في حق ثالث حيث فسخ واشتراه برضاه من غير قضاء والبائع اي الموكل ثالثهما وان كان
الثاني والرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة في رواية بنوع الاصل لان الرد متعين وكذلك
لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث
رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل وفي عامة الروايات
انه لا يلزم الآمر وليس للمأمور ان يخاصمه لما ذكرنا انه بيع جديد في حق ثالث وقوله الرد متعين
ممنوع لان حق المشتري في الجزء الفائت ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذكر صورة
الرد بالبينة والنكول للعلم بانهما لا يكونان الا بالقضاء قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي
بنقد اذا اختلف الآمر والمأمور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر امرتك ان تبيع
بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر
يستفاد من جهته وهو اعلم بما قاله فكان هو المنكر لان الاصل في العقد ما يخالف التعميم وليس ذلك بموجود
لان عقد الوكالة مبني على التعيين حيث لا يثبت به فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا
ببيعه ولو قال وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على ظاهر دعواه من الاطلاق
ولو اختلف المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البر وقال المضارب
دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيئا فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال
الا ان في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظ
المضاربة فكانت دلالة الاطلاق قائمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع
والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الوكالة
المحضة وفيها القول للآمر كما مر ان قال مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان متعارف
عند التجار في تلك السلعة او غير متعارف فيها كالبيع الى خمسين سنة عند ابي حنيفة وعندهما
يتقيد باجل متعارف والوجه من الجانبين تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل
والكثير والعرض عنده خلافا لهما ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده

او اخذ به

او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق
في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل
مفلسا وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق
به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض
بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة
حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد اشتبنا به في قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل
بالبيع يقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض

فصل

قال وجه تاخير وكالة الاثنين
عن وكالة الواحد ظاهر طبعا واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما
ان ينفرد بالتصرف لانه رضي براي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان
بكلام واحد وهو المراد في الكتاب ليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا
ممن يلزمهما الاحكام او احدهما او عبدين ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأي كالبيع
والخلع وغير ذلك اذا قال وكلتكما ببيع كذا او بخلع كذا لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما
ولو مات احدهما او ذهب عقله ليس للآخر ان يتصرف وقوله والبدل فان كان مقدرا جواب
عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعده فينبغي ان يتصرف احدهما ووجه
ذلك ان البدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا امتنع وليهما
احتمل ان يزيد الثمن وكان من هو احسن اخذا للثمن وقوله الا ان يوكلهما بالخصومة استثناء
من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده
فيما يحتاج فيه الى الرأي الا في الخصومة فان لكل منهما ذلك بشرط لان اجتماعهما متعذر
للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء وقوله والرأي يحتاج اليه سابقا الى اخره قول من قال ليس
لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة مما يحتاج فيها الى الرأي والموكل رضي برأيهما وبيان
ذلك ان المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك قال او
او بطلاق زوجته بغير عوض فطلقها احدهما وابى الآخر ان يطلق فيوجب بن وكذا بالعتق المفرد
وكذا اذا وكلهما برد الوديعة او بقضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو
تعبير محض وعبارة المثنى والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن
صاحبه لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن والموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا
قبض احدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مأمور بقبض شيء منه قوله وهذا
اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض
الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما
فلا يقدر احدهما على التصرف في ملك الآخر قيل ينبغي ان يقدر احدهما على نصف تطليقة ولكن يجب
بان فيه ابطال حق الآخر فان قيل الا ابطال الضمني فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك الا ابطال مع
ترتيبهما على الاجتماع وقوله ولانه متعلق بقوله طلقاها ان شئتما فان الطلاق فيه متعلق
بفعلهما ويقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه
فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئتما فان قيل فاجعله مثل قوله امرها بايديكما مفوضا
اليهما اجيب بانه ليس يحتاج الى الرأي بخلاف الامر باليد قال وليس للوكيل ان يوكل فيما
وكل به لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برأيه

والناس متفاوتة في الاكر تشكيك وهو ان تفاوت الاراء انما يعلم بعد ادراك
بيقين والاجاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رايا من الاول وايضا الرضى
براي الوكيل ورد توكيله معنا فيض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رايا او قوته في راي
الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضى برايه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة للقوة
في الراي بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالراي والتصرف في
الامور ولم ياذن له بالتوكيل الظاهر من حاله انه ظن ان لا احد ممن يفوقه في هذا التصرف
فيقول توكيله حينئذ منا فيض لظنه فلا يجوز قوله الا ان ياذن استثنا من قوله وليس
للوكيل ان يوكل فانه اذا اذن له الموكل و يقول له اعمل برايك فقد رضي براي غيره واطلق التفويض
الى رايه وذلك يدل على رضاه به مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز
في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان
بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي حيث قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا
ان يفوض اليه ذلك الى اخر ما ذكر فيه فان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان
المقصود حضور الراي وقد حصل قيل احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف
بحضوره بل لا بد من الاجازة صريحا ذكره في الذخيرة فما الفرق بينهما واجيب بان صاحب
الذخيرة قال محمد رحمه الله قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم
يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع
اخر منه وشرط لجوازه اجازته قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غايب فاجاز
الوكيل جاز ويحكى عن الكرخي انه كان يقول للمسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في
بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز وكان يحمل المطلق على
المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن
به صار كالعدم وعقد الوكيل الثاني فضوليا وعقده يحتاج الى الاجازة البتة ومنهم
من جعل في المسئلتين روايتين ووجه عدم الجواز ما يذكر ووجه الجواز ان المقصود
حضور الراي وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا احد
وكيلي البيع وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد رحمه الله تعالى فانه قال والوكيل الاول حاضر
او غايب فاجاز الوكيل ليس ذلك نصا في اشتراط الوكالة الاجازة للحاضر لجواز ان يكون
قوله فاجاز متعلقا بقوله او غايب فقط واما في تعليلهم فلانه معارض بالمقصود وهو
الراي وقد حصل كما ذكرنا وتوجيه كونه فضوليا في احد وكيلي البيع انه وكيل الوكيل لا انه
مامور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب ان الاجازة بشرط القوة
عقد وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة فليس
كذلك فلم يكن سكوته رضا بالجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن
من صاحبه هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب قوله وتكلموا في
حقوقه يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالحقوق على من يكون لم يذكر محمد في الجامع الصغير
وتكلم المشايخ في ذلك فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة عليه لا على الثاني
ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل
للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الوكيل الثاني وان

عقد الثاني في غيبته الاول لم يجز لفوات رايه الا ان تبلغه فيجيزه كما لو باع غير الوكيل فبلغه
فاجاز لحضور رايه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لان الراي يحتاج اليه
لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى
رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه
وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما
بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة
واختيار المشتري واما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رايه في معظم الامر وهو التقدير
في الثمن وذلك انما يكون في الوكيل بتقدير عن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل
الاول فبعد ذلك لا يحتاج الى رايه الا احترازا عن فحش العبارة قال واذا زوج العبد او الذمي
ابنته اذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرة او باع او اشترى لها
يعني تصرف في مالها بالبيع او الشرا لم يجز ذلك وانما احتاج الى التاويل لان قوله او اشترى
لها يحتمل ان يكون المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق اما الرق فلان
المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالي الا بتوكيل من
غيره وليس بموجود واما الكافر فلا ولاية له على المسلم بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين
على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولانها
ولاية نظرية تحتاج الى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر
يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد والمرتد اذا قتل على ردته
والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي وان كان مستامنا لان الذمي صار منا دارا وان
لم يصر منا دينا وعقدا فتحقق منه ما هو خلف عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت ولاية
الذمي فالحربي اولى واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على
ولده وماله بالاجماع ان اسلم جاز وان قتل لا لانها ولاية نظرية وذلك في الولاية النظرية
باتفاق المذكورة لما ان استحالة ذلك مشترك باتفاق الملة والملة مترددة لكونه معرضا
في الحال لكنها مرجو الوجود لانه مجبور عليه فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة الانقطاع
فيبطل عقوده وان اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فيصح ولما كانت ابو يوسف ومحمد
اصلهما في نفوذ تصرفات المرتد خص قولهما بالذكر بقوله قال ابو يوسف ومحمد وان كان قولهما
بالاتفاق

باب الوكالة بالخصومة والقبض

اخر الوكالة بالقبض بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشرا لان الوكالة تقع باعتبار ما يجب
استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون لمطالبة المبيع او الثمن او لانها مهجورة
شرعا فاستحقت التاخير عما ليس بمهجور قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض الوكيل بالخصومة
وكيل بالقبض اي بقبض الدين والعين خلافا لزفر رحمه الله تعالى هو يقول رضي بالخصومة

ولَيس للقبض بخصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي ولنا ان
الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض
لتوهم الانكار وتعذره وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي او عزله والمطل والافلاس
وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ومشايخ بلخ افتوا بقول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء وكان
التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان من لا يرضاه قد
يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد وفيه نظر فان
الدلالة قد قويت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ونظير هذا التوكيل بالتقاضي
فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال تقاضيته ديني واقتضيته
ديني واقتضيت حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة
لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي
اولى منه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى والجواب ان ذلك يرجح لاصل الرواية ولا كلام فيه
وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء ولو على العرف
فلا يملك القبض وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة
احدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن لما مر انه يفضي
الى الشغب في مجلس القضاء وهو مقعد كما بيناه قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند
ابي حنيفة رحمه الله تعالى فاذا اقام الخصم بينة على استيفاء الموكل او ابرائه
تقبل عنده وقالا لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه
الله تعالى لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلا فيها ولان الوكيل بالقبض
مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي الى الخصومة فلم يكن الرضا به رضا بها ولابي
حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا
ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء
ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا
بالاستقراض اذ الوكيل يقبض مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والوكيل بالاستقراض باطل
والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم كالوكيل فكان كالوكيل باخذ الشفعة
اذا اقيمت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع
في الهبة اذا اقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب عوضا منه فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل
بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد وكالقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه
فاقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه تقبل قال في شروح الجامع الصغير وهذه
مسئلة الكتاب الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل
في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون هنا كذلك واما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل
مباشرة الشراء وقوله فصار اشارة الى ما اشرنا اليه وما يتم به دليل ابي حنيفة وهو ان الوكيل
بالتملك اصيل في الحقوق قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض العين
لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مبادلة هنا لكونه يقبض عين حقه
من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبد له فاقام من بيده العبد بينة ان الموكل باعه اياه

دفع

دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذي اليد في القياس لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان
وقف الامر حتى يحضر الآمر لانه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده فيقصر حتى لو
حضر الغائب تعاد البينة وصار كما لو اقامها على انه عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا
هذا وكذلك اذا اراد الوكيل نقل المرأة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية
قبضهما فاقامت المرأة البينة على ان زوجها طلقها والامة والعبد على العتاق او كاتبهما بعده
على الاعتاق من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لا على خصم وفي الاستحسان تقبل في
قصر يد الوكيل لان الوكيل ليس بخصم دون القضاء بالطلاق والعتق والرهن لانها تتضمن الطلاق
والعتق والرهن ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في احدهما وهو اثبات
العتق على الموكل ولكنه خصم في قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره
قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق والمدعى عليه فاقر بثبوته
عليه فان كان ذلك عند القاضي جاز والا فلا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى الا انه
اذا اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة
واقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف جاز اقراره
في الوجهين جميعا والقياس اما شمول الجواز كما ذهب ابو يوسف واما شمول العدم كما هو مذهب زفر
والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان ووجه القياس ان الوكيل بالخصومة مامور بالمنازعة
لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملكه
الوكيل بالخصومة الصلح والابراء ويصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة
ما خلا اقرارك فلو تناوله لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او يسلم المبيع فيه
وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو
خصومة قال في النهاية هي مسئلة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله
بالجواب مطلقا فهو ايضا على هذا الخلاف كذا في المختلفات البرهانية ووجه الاستحسان ان
هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل في غير
الملك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وان الطريق في ذلك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر مذكور
ما تعقب فيه وذلك اي ما يملكه الموكل مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا
وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن
لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى المطلق مجازا حملا لما سبق تحريا للصحة قطعا قوله
ولو استثنى الاقرار جواب عن مستشكل زفر ووجهه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول ابي
يوسف رحمه الله تعالى لانه لا يملك الاستثناء لان تملكه يستلزم بطلان الانكار ضمنا وقد لا يحل له ذلك
كما مر آنفا ولئن سلمنا صحته كما في رواية محمد لكنه انما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة
على تملكه اياه وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا نص على
استثناء الاقرار دل على انه يعلم بصدق خصمه منطلا حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار
وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد رحمه الله تعالى انه فصل
بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبورا عليه قال في النهاية
انه على الاقرار لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعى عليه على الاقرار بعرض اليمين
عليه فيكون مجبورا على الاقرار وكذا وكيله الا ان الوكيل عند توجه اليمين يحيلها اليمين على موكله

لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته وتقايل ان يقول المدعي قد يعجز
اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر عليه المدعي الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون
عن حقيقته معتدا والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرضت عليه اليمين وهو مبطل
فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان
استثناؤه مفيدا ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما يصح
صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة للتشبث بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز
وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن اشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله
لا محالة وايضا الخصومة والصلح متنافيان بلا ريب فينبغي ان يجوز الاستعارة والاولى ان يقال التوكيل
بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا او بنعم والصلح عقد آخر
يحتاج الى عبارة اخرى بخلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء كما بينا وله اللفظ الموضوع المطلق
الجواب لا حقيقة ولا مجازا قوله فبعد ذلك شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين
العلماء الثلاثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار
الوكيل بالخصومة على موكله يقول ابو يوسف رحمه الله تعالى في التسوية بين مجلس القاضي
وغيره الوكيل قائم مقام الموكل واقرار الموكل لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار نائبه وهما يقولان
ان التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا لما مر انه انصرف الى مطلق
الجواب ومطلق الجواب مجاز عام بينا ولا عموم للحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار
والاقرار لا يكون خصومة الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة
ولا مجازا اذ الاقرار خصومة مجازا لكونه جوابا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء
فلا اقرار خصومة مجازا وقد صرح في مقابلة الخصومة في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل
به اما انه خصومة مجازا فلانه صرح في مقابلة الخصومة فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي
لما قررنا في التقرير انه لا يصلح مجازا شرعيا ولان الخصومة سبب الاقرار فكان المجوز السببية
وهو مجوز شرعي نظرا الى الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف واما اختصاصه بمجلس القضا فلانه
الظاهر ان نيابته بالمستحق والمستحق هو الجواب فيختص به ولو قال لان الواجب عليه انابته
بالمستحق بدل لان الظاهر كان اوفى بانه المقصود وقوله لكن استدراك من قوله فيختص به
وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير مجلس القاضي ليس بجواب كان الواجب
ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي يخرج
من الوكالة حتى لا يدفع اليه المال لانه صار مناقضا وصار كالاب والوصي اذا اقر في مجلس
القاضي فانهما اذا ادعيا شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب او الوصي ثم جاء
يدعي المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع اليهما لانهما خرجا من الولاية والوصاية في حق
ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا قال ومن كفل بمال عن رجل لم يكن
وكيلا في ذلك ابدا لان تقدير الكفيل ولا يتلها اما بعد البراءة فلا انقضا لما لم يصح التوكيل
لما لم ينقلب صحيحة كمن كفل لغائب فاجازها بعد ما بلغه فانها لا تجوز لانها لم تصح ابتداء لعدم
القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس ممن
يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه في ابراء ذمته كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال
عليه فانه لا يصير وكيلا لما قلنا وتوقض بتوكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه

والجواب ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل بخلاف الوكيل لكونه نيابة وهي لا تجري في الايمان
بخلاف الوارث لانه استحلافا بمورثه لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة قال وان
وكله بعيب في جارية اذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضى المشتري بالعيب لم يرد عليه حتى
يحلف المشتري بخلاف ما مر من مسئلة الدين لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل اذا
ظهر الخطا عند نكول الموكل واما ههنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضا والقضا بالفسخ ماض على
الصحة عند ابي حنيفة لان القضا في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر الخطا بالنكول
وعلى هذا لا يحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لما مضى نفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في استحلافه
فائدة واعترض بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد
الجارية وقال البائع لا سبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان
القضا ماضيا على الصحة لم ترد الجارية سلمنا ان يتحول الكل لكن التفقه هنا لم يوجبه دليل وانما كان
للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضى الامر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه فبقضا دونها في الاجرة على وجود
الرضا من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضا باطنا كما لو قضى باجرة دم في حادثة وثمة نص بخلافه وقالوا
هذا اصح فاما عندهما فتعديل الواجب ان يتحد الجواب على هذا الاصل المذكور في الفصلين فصل الجارية
والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ولا يؤخر الى تحليف المشتري لان يتحدم التاخير الى تحليف
رب الدين انما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطا وذلك موجود في صورة الجارية لان قضا القاضي
في مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر القضا عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر الى
التحليف وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري
ان كان حاضرا فيستظر النظر له اذا كان غائبا قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق
عليهم عشرة من ماله فالعشرة التي انفقها من ماله بمقابلة العشرة التي اخذها من الموكل لا يكون متبرعا
فيما انفق قيل هذا استحسان ووجهه ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع
الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه يعني في باب الوكالة بالبيع والشرا عند قوله واذا
دفع الوكيل بالشرا الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة
حكمية وهذا اي ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان التوكيل بشرا ما يحتاج اليه الاهل وقد يتعذر
الجنس الذي يحتاج لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج ان يؤدي ثمنه من مال نفسه فكان
في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال وفي القياس لشرطه ذلك ويصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم
الى الموكل عليه لانه استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين في الوكالة حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت
الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضا
الدين وهو ان يدفع المديون الى رجل الفا ويوكله بقضا دينه منها فدفع الوكيل غيرها من مال نفسه قضا عنه
فانه في القياس متبرع حتى اذا اراد المامور ان يحبس الالف التي دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان
له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضا الدين ليس بشرا فلا يكون الامر راضيا بثبوت الدين في ذمة الوكيل
فلو لم يجعل متبرعا لزمناه دينا لم يرض به فجعلناه قياسا متبرعا واما الانفاق فيتضمن الشرا لانه امر
بالانفاق وهو امر بشرا الطعام والشرا لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم يثبت
له حق الرجوع وكذلك لان قضا الدين ليس بشرا فلا يكون الامر راضيا بثبوت الدين في ذمة الوكيل ولو لم يجعل
متبرعا لزمه دينا لم يرض به فجعلناه قياسا متبرعا واما الانفاق فيتضمن الشرا لانه امر بالانفاق وهو امر
بشرا الطعام والشرا لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم يثبت له حق الرجوع على الامر

فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب عزل الوكيل

وجه تأخير باب العزل ظاهر لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره
وهو المذكور اولا وان كان للمطلوب فان لم يعلم فكذلك لانه لا انعقاد للوكالة قبل علم الوكيل فكان
العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب بالتوكيل ثبت
له حق اضنا ربه في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك في الكتاب ففي
وقيل يصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه طلب نصب وكيل
آخر منه ولم يذكرها المصنف لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا
لا ابطال كما ذكرناه قوله فصار اي صار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة
التي تضمنها عقد الرهن بان وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا
على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل
يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به
وعزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضي به او لا ولو كانتا
متشابهتين لما وقعت بينهما هذه التفرقة اجيب بان مدار جواز العزل وعدمه على بطلان
الحق وعدمه فاذا بطل العزل من الوكيل بالخصومة لم يبطل العزل الحق بحضرته لما تقدم فكان
جائزا واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع اصلا اذ لا يمكن ان يطالب
الراهن بالبيع قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في عزله اضرارا
به من وجهين احدهما من حيث بطلان ولايته لان الوكيل يتصرف على اعتقاد ان له ولاية ذلك
وفي العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه ببطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر لا محالة والثاني
من حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينقد من ماله والموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان
كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف واقعا له بعد العزل فيضمنه فيتضرر به والوكيل
بالنكاح وغيره سيان في الوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر في فصل القضاء
بالمواريث في كتاب ادب القاضي فلا يحتاج الى الاعادة قال وتبطل الوكالة بموت الموكل قد تقدم ان
من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الوكيل من غير توقف على رضى احد ومنها لا يكون ذلك فيه
الا برضا الطالب ففي الاول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا
لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللازم وعبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وههنا
ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمتنع بنفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل
عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كانه يجدد
عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي ويكون كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ولا بد في ذلك من الامر كما قلنا فيما
كون عزله وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا يبقى الوكالة من هو كما لم ينعقد منهم ابتداء ونوقض
بالبيع بالخيار فانه غير لازم ويبقى بالموت واجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات

بطل

بطل العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا تبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن
وقيما اذا جعل امر امرأته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا
يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو
مما لا بد منه والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم وشرط الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة
الاغماء فلا يبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند ابي يوسف وروى ذلك ابو بكر الرازي
عن ابي حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات
الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد اخرا حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر
به احتياطا وقال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان تصرفات
المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار
الحرب بطلت فاما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم
بلحاقه وحكي يستقر امر اللحاق وقد مر في السير اي كون تصرف المرتد موقوفا اوما في باب
احكام المرتدين فان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت او تلحق بدار الحرب
لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل فاما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل
به من الوكالة لانها خرجت من ملكه للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها خرج من ان
يكون مالكا للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعدما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد قال
واذا وكل المكاتب ثم عجز او العبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع او الشراء بطلت الوكالة
علم بذلك الوكيل او لم يعلم وكذا اذا وكل احد الشريكين ثالثا بشيء مما يليه بنفسه ثم افترقا فلذلك لما ذكرنا
ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه
لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل واما اذا وكل المكاتب والمأذون
له بقضاء الدين او التقاضي فانها لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ما عليه وله ولاية
مطالبة استيفاء ما وجب له لانه وجب بعقده لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة
كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين بشيء هو
وليه ثم افترقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا
يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما نصا فيكون وكيلا
من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقائل ان يقول هذا لا يفصل
بين ما وليه وبين ما لم يله والفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان للتوكيل
جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطل جهة كونه شريكا بفسخ الشركة فيبطل في حقهما
جميعا واذا وكل احد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه ايضا
لان كل واحد منهما في حق صاحبه كوكيل ما ذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فانه
قد لا يحصل بتصرف واحد وحصوله باثنين وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا
كما ترى وفيه ما فيه وقد اول بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به
هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها
فبطلت ما كانت في ضمنها هذا على تقدير صحته يخص مسئلة الشركة لا غير على انه يخالف لعبارة
الكتاب قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة
من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة

صحيح وان كان عاملا في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير واجيب بان المنع مستندا الى
ما ذكره شيخ الاسلام ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما
ذكره في الجامع سلمناه لكن الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض
واعترض بان عمل الوكيل لنفسه ضمني لكون الموكل اصلا في اثبات الوكالة والضمنيات
قد لا تعتبر واجيب بانا لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قيل
الوكالة طرأت عليها كما لو تاخرت الكفالة عنها فانها تنسخها قال المحبوبي في الجامع
الصغير لو كفل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة فالجواب
ان الناسخ يجب ان يكون اقوى من المنسوخ او مثله والوكالة دون الكفالة لان
الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز ان تكون الوكالة
ناسخة للكفالة وان كان بعكسه قوله دليل آخر وتقريره ان الوكالة تستلزم قبول
قوله امينا ولو صححنا الوكالة فيما نحن فيه بطلا لانه اذا عقد مديون اعتقه مولاه وهي
ضمن للغرماء قيمته وبطالبه لعبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد
كان التوكيل باطلا لما بينا ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمته
كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ به نفسه فيكون التوكيل باطلا قال ومن
ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقر
على نفسه لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان الديون تقضى بامثالها اذا اداه
المديون مثل ما للدائن المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن
اقر بشيء امر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب فصدقه فيها والا دفع الغريم اليه
ثانيا لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء فسد الاداء وهو واجب على المديون
فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة
ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه
انه مظلوم في هذا الاخذ يعني الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا
الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين
اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع بقبضه لا ليحصل غرضه من التسليم واما
اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه الا ان يكون استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع
في يده لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا اذا كان ضمن المديون الوكيل على
رواية النوادر بان قال له اضمن لي ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب مني ماله ارجع عليك
بما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ وضمن الوكيل المديون وقال انا ضامن لك مما يقبضه منك فان هذا وهو
ضمان صحيح لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه اي يجب في كون
كل واحد منهما كفالة اضيفت الى حال وجوبه المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه على
الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا لان دفع التكذيب سياتي غصبه هكذا ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب
المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع
رجاؤه رجع اليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا اي جواز الرجوع في صورة التكذيب
اظهر منه في الصورتين الاوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل غاصبا

لانه لا يتبع امره بعد موته وجنونه وان امر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مامورا
به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان لذلك حكم الابتداء وان لحوقه بدار الحرب مرتدا لا يعجز
ان يتصرف فيما وكل به الا ان يعود مسلما قال المصنف رحمه الله تعالى هذا عند محمد واما
عند ابي يوسف فلا تعود الوكالة وان تعاد خصما لمحمد ان التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه
ان الوكيل يتصرف شرعا ان يتصرف في شيء لموكله فاذا وكله رفع المانع واما ان يحدث فيه اهلية
وولاية فليس كذلك فانه يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة
الصالحة له والاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض وانما عجز الوكيل عن التصرف
بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا ينزع الى تخصيص العلة
ومخلصه معروف ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه ان التوكيل تمليك ولاية التنفيذ
فان الوكيل انما ملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ اي عليه وولاية التنفيذ
مختص بالملك لان التمليك بالاملاك عن تحقق وكان الوكيل انما كان التنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك
باللحاق لانه لحق به بالاموات فصار كسائر املاكه واذا بطل الملك بطل الولاية واذا بطلت
الولاية بطل التوكيل لا لانتخالف العلة عن المعلول فاذا بطلت لا تعود كملكه في المدبر وام الولد
واشار بقوله لحق بالاموات الى ان فرض المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بلحاقه
فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا بقي الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه
يفيد التعارض على ما استدل به على لابي يوسف وهو قوله انه اثبات التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له
ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية
لم تكن ثابتة قبله كما تحركت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة ولو عاد
الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد
انها تعود كما في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد على قديم ملكه وقد تعلقت
الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كالو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد
عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته كالوكيل والفرق له على الظاهر ان مبني
الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه وفي حق الوكيل على معنى قائم
به ولم يزل باللحاق وابو يوسف سوى في عدم العود بين الفصلين ولعل اراد بهذه المسئلة
عند عروض العوارض المذكورة للموكل كان انسب لكن لما ذكر العود ههنا ذكرها في هذا الموضع
ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به ومن وكل آخر بشيء من الاثبات والاسقاطات ثم تصرف
فيه بنفسه بطلت وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو
ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لانقضاء الحاجة وكذا لو وكله بشراء شيء بعينه فاشتراه
بنفسه حتى لو باعه لم يكن له شراؤه المامور للامر لانقضاء الحاجة وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه
ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن له ان يطلقها وانما قيد بقوله ثلاثا او
واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او ثنتين بائنة كانت
او رجعية فان له ان يطلقها ما دامت في العدة والاصل فيه انه كان للموكل فيه قادرا على الطلاق
كان وكيله كذلك وكذا اذا وكل بالخلع فخالعها قوله لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف
فبطلت الوكالة متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه
بطلت فلو رد عليه بعيب بقضاء القاضي فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه فمع

بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع اليه
على احتمال الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الا ظهر به وفي الوجوه كلها اي الاربعة المذكورة دفعه
مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب
ودفعه مع التكذيب ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدي صار حقا للغائب
اما ظاهرا وهو في حالة التصديق او محتملا وهو في حالة التكذيب وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر
العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستور الحال فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة
حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر المصنف ان الغريم
اذا انكر الوكالة هل يستحلف اولا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي حنيفة ويحلف على قولهما لانه ادعى
عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وله ان الاستحلاف يبتني على دعوى صحيحة
وما لم يثبت نيابته عن الاصيل لم يصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكرها اذا اقر بالوكالة وانكر الدين والحكم في
عكسه انه يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان التوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد ثبتت
الوكالة فيقام اقراره ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار
بمال الغير بخلاف القبض فانه اقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير في القبض غير صحيح
بخلاف الدين على ما مر لان الديون تقضى بامثالها فكان اقراره على نفسه فيؤمر بالمطالبة
والقبض فان دفعها اليه فحضر الغائب وانكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فللمودع الرجوع
او لا فهو على الوجوه المذكورة الا دفعها اليه مصدقا لا يرجع وان صدقه وضمنه او سكت او كذبه
ودفعها اليه يرجع ان لم تكن العين في يده باقية وان كانت باقية اخذها لانه ملكها بالضمان ولما
الاسترداد ... حضور الغائب ... ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له
ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى اي لان مال الوديعة لا يبقى مال
المودع بعد موته وروى صاحب النهاية عن خط شيخه رحمه الله تعالى بنصب ماله و...
... ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته ...
اليه ... فليس له معنى ظاهر والظاهر في اعرابه الرفع على انه فاعل يبقى اي لان المودع لا يبقى
ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث فلا يتمكن الدفع اليه ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها
وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان المودع ما دام حيا كان اقرار المودع اقرارا على الغير لكونه من
اهل الملك فلا يصدق انه في دعوى البيع عليه ولقائل ان يقول قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل المودع
فكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بان ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى وفيها
ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهناك لا بقوله ومن اقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما
في باب الوكالة بالخصومة والقبض يقتضي المناسبة قال وان وكل وكيلا بقبض دينه ذكر في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا يأخذه المال فاقام الوكيل البينة عليه
وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال الى الوكيل ثم اتبع رب المال فاستحلفه قال المصنف
لان الوكالة قد ثبتت بالبينة لان وضع المسئلة كذلك والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق الى
تحليف رب الدين ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية لجانبه فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع القابض
فيسترد ما قبض ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان وقال زفر رحمه الله تعالى احلفه
على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بذلك لبطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه

والجواب

له حق التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير
قضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لانه كالعقد المبتدأ في حق المتعاقدين والوكيل
غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وقال محمد له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة
باقية لانه اطلاق فهو باق والامتناع كان لحق الوكيل وقد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب
بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليلا على عدم الحاجة
اما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليلا والحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى عقبت الوكالة وهي في اللغة عبارة عن قول
يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس
من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعى اما ان
يكون راجعا الى النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعي وكونه ملزما على
الخصم فان ادعى على غائب لم تسمع وكذا اذا كان المدعى مجهولا لعدم امكان القضاء وان ادعى
انه وكيل هذا الحاضر فهو منكر فكذلك لا امكان عزله في الحال وحكمها الصحيح منها وجوب
الجواب على الخصم بالنفي والاثبات وشرعيتها للتسبب للتفاصل من حيث القطاع بالقضاء دفعا
للفساد المظنون ببقائها وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة قال المدعي من لا يجبر على
الخصومة الدعوى لا تحصل الا من مدع على مدعى عليه فمعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه
مسائل الدعوى فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعي واليمين على من انكر ولا بد
من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في كتاب القدوري يعني المدعي
من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو حد تام صحيح وقيل
المدعي من لا يستحق الا بحجة يعني البينة او الاقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله
من غير حجة كذي اليد وهو ليس بجامع لعدم تناوله صورة المدعي اذا ادعى رد الوديعة
ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر
والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ومعناه قول من قال المدعي من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا
والمدعى عليه من ادعى ظاهرا وهو كون الشيء على هيئته والظاهر كون الاملاك في يد الملاك وبراءة
الذمم والمدعي هو من يريد ازالة الظاهر والمدعى عليه يريد اقراره على ما كان ولعله منقوض
بالمودع فانه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل
بعد ... قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر
الوكالة فالقول قول رب الدين لان المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل اصل
فيجوز ان يورد بالعكس فانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان وقال محمد في الاصل
المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر ورد

اليمين على المدعى عليه لكن الشأن في معرفة من انكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا
يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما على الاخرى يكون بالفقه اي باعتبار
المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة فلو اقام على
ذلك بينة تقبل والقول قوله مع يمينه ايضا فكان مدعا عليه فاذا اقام اعتبر الصورة واذا
عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه قال ولا تقبل الدعوى حتى
يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره وقد ذكرنا ان معلومية المدعى شرط لصحة الدعوى فلا بد
من ذكر ما يعينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثلا كذا كذا
درهما او دينارا او كرا لان فائدة الدعوى الالزام باقامة الحجة ولا الزام في المجهول عن محقق
فان كان المدعى عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحكم للاشارة اليها في الدعوى
والشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة وذلك في المنقول بالاشارة
لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف
فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا حضر شخص عند الحاكم وقال لي على فلان كذا درهما مثلا احضر
اليه لان الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم على هذا
القضاة من اولهم الى اخرهم اي اجمعوا والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله
ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند
الطلب فاذا احضر وجب عليه الجواب بالاقرار او الانكار ليفيد حضوره ولزم عليه احضار
المدعى لما قلنا من الاشارة اليها ولزم عليه اليمين اذا انكر وعجز المدعي عن اقامة البينة
وسنذكره اي وجوب اليمين عليه قال فان لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها يعني اذا وقع
الدعوى في عين غائبة لا يدرى مكانها يعني اذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدرى مكانها
لزم المدعي ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما وذكر الوصف ليس بكاف لان العين لا تعرف بالوصف
وان بولغ فيه لامكان المشاركة فيه كما مر فتعريفه غير مفيد والقيمة شيء يعرف به العين فذكرها
يكون مفيدا وقوله وقد تعذر مشاهدة العين جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف
يعني والحال انه قد تعذرت واطلاق تركيبه لا يخفى كالغصب او الهلاك يشترط مع بيان القيمة
ذكر الذكورة والانوثة بناء على ان [illegible] على القضاء بقيمة المستهلكة عند ابي
حنيفة لان حق المالك في العين المستهلكة عنده فانه صح الصلح عن المغصوب على اكثر من
قيمته فلو لم يكن حق المستهلك ملكا لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة
المغصوب وهو دين في الذمة والصلح على اكثر من جنس الدين لا يجوز واذا كان كذلك لا بد من
بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي فلا بد من ذكر الانوثة والذكورة
ومن المشايخ من ابى ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر
الذكورة والانوثة قال فان ادعى عقارا حدده اذا كان المدعى عقارا فلا بد من ثلثة اشياء تحديده
وذكر المدعي انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه فاما الاول فللاعلام باقصى ما يمكن فيه وذلك
انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حدوده لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر
النقل فصير الى ذلك للتعريف ولا بد من ذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا كانوا معروفين
مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى فانه يستغنى عن ذكرها ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي

حنيفة على ما عرف هو الصحيح فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر
ومن هذا يعلم ان ذكر الاثنين لا يكفي بخلاف ما اذا غلط في الحد الرابع وانت في الكتاب باعتبار
الجهة لانه يختلف به اي بالغلط في الحد المدعى ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وبينا
الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز [illegible] لانه صار عقدا اخر بالغلط وبهذا
الجواب يبطل قياس زفر الترك على الغلط وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة
واما الثاني فلا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان المدعى في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر
المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده حتى لو قالا سمعنا ذلك لم تقبل وكذا في غير هذه
الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك او يعلم القاضي انه في يده نفيا لتهمة المواضعة
لان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على ان يصدق المدعي بان العقار في يد المدعى
عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف
في مال الغير وذلك يفضي الى نقض القضاء عند ظهور يد ثالث بخلاف المنقول فان اليد فيه
مشاهدة واما الثالث فلان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في
يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة تزول هذه الاحتمالات وعن هذا اي بسبب هذا
الاحتمال قال المشايخ في المنقول يجب ان يقول وهو في يده بغير حق لان العين قد يكون في يد ذي اليد في
هاتين الصورتين بحق وان كان المدعى حقا في الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه
بالوصف بان قال ذهبا او فضة وان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا او درهما جيدا او رديا او وسطا
اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة الى ذلك وفي الجملة لا بد في
كل جنس من الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف قال واذا صحت الدعوى بشروطها سأل القاضي المدعى عليه
لينكشف له وجه الحكم فانه على وجهين اما ان يكون مأمورا بالخروج عما لزمه بالحجة او تقرير ما هو
بعرضية ان يصير حجة وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان كان الاول فالحكم فيه ان يأمره بان
يخرج عما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف الى قضاء القاضي لكمال الولاية الانسان على نفسه
فكان الحكم من القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع وان
كان الثاني فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة الصدق والكذب التي هي بعرضية ان تصير
حجة اذا قضى القاضي بها حجة في حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها ولا بد من السؤال لينكشف
له احد الوجهين فاذا سأل فان اعترف به امر بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله صلى
الله عليه وسلم الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل صلى الله عليه وسلم ورتب اليمين على فقد
البينة فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها
وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا يريد به قوله صلى الله عليه وسلم الك يمينه ولا بد من طلبه
الاستحلاف لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف بحرف اللام في قوله لك يمينه فيكون ما جعل حقا له
المنكر حق المدعي لانه يزعم ان خصمه اتوى حقه بانكاره فالشرع جعل له حق الاستحلاف حتى ان كان
الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتواء بمقابلة اتوائه وهو مشروع كالقصاص وان كان
الامر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله صادقا ثم انما رتب اليمين على البينة لا على
العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي للادعاء لانه [illegible] فيه اساءة الظن بالاخر وذلك لا
يجوز فوجب اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها فيطلبها القاضي بذلك لا على وجه الالزام
عليه بل على وجه التذكير فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذا اقامة البينة مشروعة بعده

اذا قامت البينة مشروعة بعده

اليمين لكن الجائز اقامتها بعدها كما في ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين

لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يحلف عليه اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعدما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ولا يرد اليمين على المدعي لانه صلى الله عليه وسلم قسم بين الخصمين البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي عدم التعرض والقسمة تقتضيه قوله وجعل جنس الايمان على المنكرين اذ في قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر جنس ... وليس وراء الجنس شيء ... الآخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي وسيأتي قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض وبما ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فان في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع فان قيل انما تقبل مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لانه قبولها من حيث انه ادعى الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من هذه الجهة والبينة للمدعي فان قلت هل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعي عن البينة ولم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج اولى لعدم زيادة يثبتها ذو اليد مدعيا وقال الشافعي يقضى ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد فيتقوى الظهور كما اذا اقاما على نتاج دابة وهي في يد احدهما او اقاما على نكاح ولاحدهما يد فانه يقضي لذي اليد وكما في دعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه عبده اعتقه فبينة ذي اليد اولى من بينة الخارج على العتق وكذا في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا فيقضي بها القاضي واظهارا للمعنى في الواقع فان البينة يظهر ما كان ثابتا في الواقع لان وجود ما اثبته البيد لا يقبل بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فيثبته بها فلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت ملكه او تظهره وهو اكثر اثباتا في البينات فهو اولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فانه قال ومعنى بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل واجيب بانها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينته مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتاسيس اولى من التاكيد بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة منهما متعينة للاثبات فترجح احداهما باليد فان قيل كان الواجب ان يكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا لانها تثبت اليد والنتاج وبينة ذي اليد تثبت النتاج لا غير اجيب بان بينة النتاج

النتاج

ورعى ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي صح

لا توجب الاولوية للملك وهما تساويا في ذلك وترجح ذو اليد باليد فيقضى له قوله وكذا على الاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ترجحت بينة ذي اليد قوله وعلى الولاء الثابت بها اي بالاعتاق والاستيلاد والتدبير معناه ان البينتين في الاعتاق واخويه تدلان على الولاء بالعتق حاصل للعبد متصادقتين وهما قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد فحكم له قال واذا نكل المدعى عليه اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول والزمه ما ادعاه عليه وقال الشافعي لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضي به وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل الاشتباه الحال وما كان كذلك لا يكون حجة بخلاف المدعي لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة ومقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب لانها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر على الوجوب دفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب جانب كونه باذلا او مقرا اي ترفع او تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير واعترض بان الالتزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فالقضاء بالنكول مخالفه وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر ولم يذكر النكول واليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهدا له فيكون له ثم الظاهر شاهد للمدعي فيعود اليمين الى جانب المدعي ولهذا ابتدئ في اللعان بالايمان من جانب الزوج بشهادة الظاهر فان الانسان لا يكون ... كاذبا وان كان مدعيا واجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والاجماع يدل على جوازه فانه روي اجماع الصحابة على ذلك ومما روي عن علي رضي الله عنه احلف المدعى عليه فقد روي عنه خلاف ذلك سئل عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي فقال له علي رضي الله عنه قالون وهو في لغة اهل الروم اصبت واذا ثبت الاجماع بطل القياس على ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين فيها غير مقصود ولا يجوز ان يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضي احتمال عن القاضي يكشف الحال لا رد اليمين فان رد اليمين لا وجه له لما قدمنا في قوله ولا ترد اليمين على المدعي قال وينبغي للقاضي ان يقول للمدعى عليه اني اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء لعدم دلالة نص عليه فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول وهذا اولى من قوله ... فيه فان للشافعي خلافا فيه لما مر ثم العرض ثلاث مرات اولى ليس بشرط لجواز القضاء بالنكول بل المذهب فيه انه لو قضى به بعد العرض مرة جاز لما قدمنا ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما وانما هو لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كامهال المرتد ثلاثة ايام فانه الاولى وان لم يجب امهاله لان الكفر مبيح وقوله هو الصحيح احترازا عما قيل لو قضى بالنكول مرة لا ينفذ لانه ضعيف ... البذل والاقرار فيشترط فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول القاضي احلف بالله ما له عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا وان نكل يقول بعثت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعي قال وان كانت الدعوى نكاحا فالحكم

رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت او بالعكس او ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجعها في
العدة وانكرت او بالعكس او ادعى على مجهول انه عبده او ادعى المجهول ذلك واختصما على هذا الوجه
في ولاء العتاقة او الموالاة او ادعى على رجل انه ولده او والده او ادعت على مولاها انها ولدت
منه ولدا وهذا لا يتحقق الا من جانب الامة لان المولى اذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى
انكارها او ادعت المرأة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج او ادعى على رجل بما يوجب
الحد وانكر فانه لا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان (لهما) ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا
في الانكار السابق لما قدمنا يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه
والقى ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث والاقرار يجري في هذه الاشياء
فيقضى بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يسقط بالشبهات فلا
يجري في الحدود واللعان في معنى الحد فلا يجري فيه ايضا وعليه نقوض اجابنا عنها الا ولنا ذكر في الجامع
رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول
فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر يلزمه ويستحلف ولو كان
النكول اقرارا لزمه النصف الاخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر بذلك في المرة الثانية الوكيل بالبيع
اذا ادعي عليه عيب في المبيع فاستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل لانه لا يملك ما ذكرنا
في المتفاوضة الرجل اذا ادعى الكفالة بما يقر له به على فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر
ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي به والجواب
ان النكول اما اقرار او بدل عنه فرجحه الاقرار بما تقدم ووجه كونه بدلا ان المدعي يستحق بدعواه
جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار او الانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكرها لم تنقطع الا
بيمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه
اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومن هذا يستخرج على النظر تغيير المدعي ولابي حنيفة ان النكول بذل
قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا تنتهي واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو اما
بذل او اقرار والحصول المقصود به لكونه انزله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل
لا يجري في هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل ابوني فقد دفعت اليه نفسي ليسترقني
او تقول الزانية فلان ولكن ان طلقها ان يدعيني او قالت انا لست بامرأته لكن دفعت اليه نفسي ليجعله
الاستبدال لا يصح عليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيئا اذا استحق ما ادعى بعد قضائه كما لو
مما يحمن لكان واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى الثاني لو كان بذلا
كان ايجابا في الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه
بل يكون النكول بذلا الرابع ان العبد المأذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان بذله باطل الخامس
يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان البذل لا يعمل فيها والجواب عن الاول ان بذل الصلح
وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعي يقول انا
اخذ هذا باقرارك وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت عليه في الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة
ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالة وسائر المداينات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان
بامر الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يوجبه بل هو موجب لقطع المنازعة وعن الرابع بانا لا نسلم عدم
صحة البذل من المأذون بما دخل تحته الاذن كهذا المأكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها
وعن الخامس بانا لا نسلم ان البذل ضائع غير عامل اذ لو كان غير عامل كان يقول اقطع يدي الا انه لم يأثم بقطعها

بل هو عامل صح

وفيما نحن

وفيما نحن فيه النكول معتبد لانه يتحرز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين لا يقال ابو حنيفة
ترك الحديث المشهور قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر بالرأي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة لم
ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها
سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلاة لفوات الاستحلاف لان فائدته القضاء
بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة وقوله الا ان هذا بذل جواب
سؤال تقديره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لان فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد
ذكرنا وجهه آنفا انهما يملكان ما لا بد له من التجارة ويندفع بالنكول من جملة ذلك وقوله وصح في
الدين جواب عما يقال انه لو كان بذلا لما جرى في الدين لانه وصف في الذمة والبذل لا يجري فيه ووجه ذلك
ان البذل في الدين ان لم يصح فاما ان يكون من جهة القابض او من جهة الدافع فان كان الاول فلا
مانع منه لانه يقبضه حقا لنفسه بالتخلي عنه وان كان الثاني فالمراد به ههنا في الدين ترك
المنع وطاعته انه يترك المنع فان قيل فلا جعل في الاشياء السبعة ترك المنع حتى يجري فيها اجيب بانه
امر المال هين يجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان امرها ليس بهين حيث لا يجري فيه الاباحة
وجعله ههنا ترك المنع وفي قوله لا انه بذل لدفع الخصومة عن نفسه وفي ذلك يتسامح في العبارة
والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لحله
اولى قال ويستحلف السارق لان المسروق منه اخذ المال يستحلف السارق بالله ما عليك رد
هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول وعن محمد رحمه الله تعالى انه قال القاضي يقول
للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع يقول له القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين وان قال
اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وابق على دعوى المال قال المصنف فان نكل ضمن ولم يقطع لان
المنوط بفعله يريد به النكول يثبت به الضمان ويعمل النكول فيه والقطع لا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها
رجل وامرأتان يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة ويجوز ان يراد بقوله فعل السرقة قال واذا ادعت
المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف
يجري في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال فان قلت هل في تخصيص ذكر قبل الدخول فائدة
قلت هي تعليم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين ان تكون في كل المهر ونصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني
عن ذلك والتقييد فيه يوهم التقييد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال ثم
يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح فان قلت يجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت
البذل لا يجري فيه كما تقدم وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخو المدعى عليه
مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة
فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان نكل يقضي بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحجر
في اللقيط بان كان صبي لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت اخوته حرة تريد الملتقط قصر يده عنه وان
ارادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب وكذا اذا وهب لانسان عينا ثم اراد الرجوع فيها
فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب فان نكل ثبت امتناع الرجوع دون
ثبوت الاخوة قوله لان المقصود هذه الحقوق دليل المجموع اي دون النسب المجرد فان فيه تحميله على الغير
وهو لا يجوز ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل
والاب في حق المرأة دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير فيستحلف ههنا بناء على ان
النكول بذل من الاقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد

المقصود في قوله فائدة الاستحلاف يعني ان البذل في هذه الاشياء لا يجري فوات فائدة صح

ايضا نسخة صح

قال صح

ونصفه صح

قصر يده صح

وليس للمدعي

وفي النفس يحبس حتى يقر او يحلف عند ابي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال اذا كان امتناع القصاص صح

بيّنة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها ثم ان نكل عن اليمين
لزمه فيما دون النفس القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا اقر بالخطأ والولي يدعي العمد
وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصح بلا اقرار فاشبه الخطأ واما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا اقام
على ما ادعى رجلا وامرأتين والشهادة على الشهادة فانه لا يقضى بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن
تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطأ فلا يجب شيء ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس وما دونها فان
قيل من اين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين
كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال ثمة اصل وتعدى الى القطع واذا
قصر تعدى بقي الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه
وهو ان يكون مشروعا بطريق المنة لحصول القاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر
ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطأ ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الامو
ال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل الا ترى انه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب
الضمان وليس ذلك الا من حيث اعمال البذل بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقتلني
فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف تسلك مسلك
الاموال لجاز قطع يده من غير اثم اذا قال له اقطع يدي كما يباح له اخذ ماله اذا قال خذ مالي اجاب
بقوله الا انه لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للآكلة وقلع السن للوجع لم
يأثم بفعله وما نحن فيه من البذل اي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا
وفيه بحث من وجهين احدهما انه منقوض بما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني
ان الخصومة تندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها يثبت بالشبهات كالاموال والقطع
في السرقة خالص حق الله تعالى فهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش
انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل فهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه فظهر مما ذكرنا
ان البذل في الاطراف جائز فيثبت القطع به وفي الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا امتنع
واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا
او يحلفوا قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر قيد به لانه اما ان يكون المدعى عليه مقيما او
مسافرا فان كان مقيما قيل له اعطه كفيلا عن نفسك ثلاثة ايام فان فعل والا امر بملازمته
اما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم واما جواز التكفيل فهو استحسان والقياس
يأباه قبل اقامة الحجة ووجه ذلك ان الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه
يعان عليه ويحال بينه وبين اشتغاله واما التقدير بثلاثة ايام فمروي عن ابي حنيفة رحمه
الله تعالى من غير فرق بين الوجيه والخامل والحقير من المال والخطير هو الصحيح وروي عن
محمد انه قال اذا كان معروفا فالظاهر انه لا يخفي شخصه بذلك القدر فلا يجبر على ذلك وان سمحت به
نفسه بذلك يؤخذ وكذا اذا كان المدعى حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه واما الامر
بالملازمة فلئلا يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان
الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس
كل غائب يؤوب ان كان مسافرا فالكفالة والملازمة يقدران بمقدار مجلس القاضي اذ ليس فيه كثير
ضرر وفي الزيادة على ذلك ضرر به بمنعه عن السفر وكيفية الملازمة سنذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله سبحانه وتعالى

زيادة صح

فصل

في كيفية اليمين والاستحلاف

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة التي هي فيها ذكر صفتها لان كيفية الشيء وهي ما يقع به
المشابهة والمشابهة صفته واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم
حالفا فليحلف بالله او ليذر وكلامه فيه ظاهر وقوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق هو ظاهر
الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين لكنهم قالوا ان نكل عن
اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا
بالقصر اسم اعجمي روي انه صلى الله عليه وسلم رأى قوما مروا برجل وامرأة سخم وجوههما فسأل عن
حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا وهو حبرهم فقال انشدك اي احلفك بالله الذي
انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا وذلك دليل على جواز تحليف اليهودي
بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو
حاصل بدون ذلك وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع وقال الشافعي اذا كانت
اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة
فعند قبر النبي عليه افضل الصلاة والسلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر
البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج على
الحاكم قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد هذا نوع آخر من كيفية اليمين
وهو الحلف على الحاصل او السبب والضابط في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع
او لا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي
بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله تعالى وعلى السبب عند ابي يوسف الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل ان
يقول عند قول القاضي احلف بالله ما بعته ايها القاضي الانسان قد يبيع شيئا ثم يقيله فيه
فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الائمة
الحلواني ما ذكره بقوله وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه
وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فعلى الظاهر اذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه
وجحد المولى حلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاسترقاق عليه
بعد الارتداد وهو بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد
الكافر والامة مطلقا فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق
واذا ادعت المبتوتة النفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها
يحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعي فان قيل
بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز ان يكون قد اشترى وسلم الشفعة او سكت عن
الطلب والبيّن باق في الضرر من المدعى اجيب بانه اولى بوجوده لان القاضي لا يجد بدا من الضرر

لا يجد بداً من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي ما هو اصل لان الطهر اذا ثبت ثبت الحق له ويسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض
واذا ادعي الطلاق او الغصب او النكاح او البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما تستحق عليك رده وما بينكما بيع قائم في الحال لان السبب مما يتكرر فيحلف على ما يتضرر المدعي عليه وعند ابي يوسف يحلف على السبب قال ومن ورث عبداً وادعاه آخر استحلف على علمه وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم اذا وقعت على فعل المدعي عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت ذلك في نفسه واراد تحليف البائع على البتات بالله ما ابق وما سرق مع انه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر ان الموكل قبض الثمن وانكره يحلف الوكيل بالله ما قبض الموكل وهو فعل الغير جزاء الا ان الموكل قبض الثمن وانكره الموكل يحلف
وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا كان يحلف على البتات وتخريجها على الاول انه في الرد بالعيب ضمن البائع تسليم سليماً عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض واذا ورث عبداً وادعاه آخر يستحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة والمشتري يباشر بنفسه فيعلم ما صنع قال ومن ادعى على آخر مالاً فافتدى يمينه او صالحه منها على شيء مثل المال المدعي او اقل جاز وهو ماثور عن عثمان رضي الله تعالى عنه وفي لفظ الكتاب تنبيه الى انه كان يدعي عليه وذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهماً فاعطى شيئاً وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله تعالى عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد احلف انها كما يقول وخذها فلم يحلف عثمان رضي الله تعالى عنه فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله تعالى عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله فيكون دليلاً لنا فيما على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان وبه نقول ثم لما سقطت حقه في اليمين في لفظ العقد او الصلح ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه بخلاف ما اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال والله تعالى اعلم بالصواب

باب التحالف

راعي الترتيب الطبيعي فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع اذا اختلف

المتبايعان

المتبايعان في البيع فادعى المشتري انه اشتراه بمائة وادعى البائع انه باعه بمائة وخمسين او اعترف البائع بان البيع كر من الحنطة وقال المشتري هو كران فمن اقام البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا توجب فان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فيثبتها كان اكثر اثباتاً ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع فقال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين ديناراً واقاما البينة فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظراً الى زيادة الاثبات وهما جميعاً للمشتري بمائة دينار وقيل هكذا قول ابي حنيفة آخراً وكان يقول اولاً وهو قول زفر يقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين ديناراً وان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة فبينة البائع لاتفاقهما على قوله وهو البائع لا يدعي المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما والاختلاف في حق البائع فبينته على حقه اولى بالقبول وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع والا فسخنا البيع ويقول للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر واليمين على من انكر بالحديث المشهور فيحلفان فاما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري لا يدعي شيئاً لان المبيع سالم له في يده فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله بل انه يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهوراً فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور وقيل رضاه ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد واحد قولي ابي يوسف آخراً ورواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف انه يبدأ بيمين البائع لان المشتري اشدهما انكاراً لكونه مطالباً اولاً بالثمن فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه اولاً وان يكون النكول يتعجل بالبداءة وهو الزام الثمن ولو بدأ بيمين البائع تاخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول اولاً يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى ابو الحسن في جامعه انه رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر واقل فائدة التقديم يعني انه صلى الله عليه وسلم جعل القول قوله وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه لكن لا يكتفي بها فلا اقل من البداءة بها وان كان العقد مقايضة او صرفاً يبدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما والله سبحانه وتعالى اعلم قال وصفة اليمين ذكر في الاصل صفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقد اشتراه

بالف فيضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات
دل على ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وفيه نظر لان ذلك في القتل كيف
قال وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اذا طلباه او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فان من الطلب
وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه لما لم يثبت ما ادعى كل منهما بقي
بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة وايضا اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد
ولا بد من الفسخ في الفاسد كانه قال في المبسوط حل للمشتري وطء الجارية اذا كانت المبيعة
وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا لصحة البذل في الاعواض وان
كان باذلا لم يبق دعواه معارضة لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض قال وان
اختلفا في الاجل في اصله او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما
والقول قول البائع وقال زفر والشافعي يتحالفان لان الاختلاف جرى في الوصف فاشبه الاختلاف
عند زيادة الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هنا ولنا ان هذا اختلاف
في غير المعقود عليه والمعقود به فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار في ان العقد
يتم بدونه فالاختلاف لم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف في الحط والابراء عن
الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن كالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون
الاختلاف فيهما كالاختلاف ~~في الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه~~
في قدره في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف
الاجل فانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف
فهو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا
عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لان
بالفعل لا اختلاف به قيام العقد لتفاسخ ما خصص عينا ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم
كذلك لكنه لم يذكر لكونه معروفا عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوي واذا
اختلفا في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه قال فان هلك
المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا
عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ
البيع على قيمة الهالك لان الدلائل الدالة على التحالف لا تفصل بين كون السلعة قائمة او
هالكة اما الدليل النقلي فهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا
ولا يعارضه ما في الحديث الاخر من قوله صلى الله عليه وسلم والسلعة قائمة لانه مذكور على
سبيل التنبيه اي تحالفا وان كانت السلعة قائمة فان عند ذلك يتميز الصادق من الكاذب
بتحكيم قيمة السلعة في الحال ممكن ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز
فمع عدمه اولى واما العقلي فما ذكر في الكتاب ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه
صاحبه وينكره الاخر فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فانه قال قياس قيس لانه حال قيامها
يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك واجاب بقوله وانه يفيد التحالف فيفيد دفع زيادة الثمن يعني
ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن الذي يدعيه البائع عليه بالنكول اذا حلف البائع
اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة
كان ادعى احدهما العقد بالدراهم والاخر بالدنانير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة ولابي حنيفة

وابي يوسف

وابي يوسف رحمهما الله تعالى ان الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما فالحاق احدهما بالاخر
جمع بين ما فرق حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع اما الاول فلان قوله صلى الله عليه
وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر يوجب اليمين على المشتري خاصة لانه المنكر
في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم والسلعة
قائمة ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتاكيد
والتاسيس اولى على انه اما معطوف على الشرط او حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط
واما الثاني فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه
وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره فان قيل فليكن ملحقا
بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال القيام يفضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن
كل واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها الا ترى انه لا ينفسخ بالاقالة
والرد بالعيب بعد فلا يكون التحالف فليس في معناه فبطل الالحاق بالدلالة ايضا قوله ولانه
لا يبالي جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول
موجب التحالف سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى الى التناكر
وههنا ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم هلاكه ليس
يدعي على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا
في جنس الثمن او صفته فان في كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب واجيب
عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور في بعض
الكتب قول محمد وقوله انما يراعي جواب عن قولهما والتحالف يفيد زيادة دفع الثمن ومعناه ان
المراعي من الفائدة ما يكون من موجبات العقد فلا يعتبر به ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا
من ملك المبيع وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من
موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس وهذا اي الاختلاف اذا كان
الثمن دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة
في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان
لان المبيع في احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ وهو التراد ثم يرد مثل الهالك ان كان
مثليا او قيمته ان كان قيميا قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا واذا باع الرجل عبدين
صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما
منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول
قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له والخلاف
هاتين الروايتين في اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ في توجيه قوله الا ان يترك حصة
الهالك وقوله ان ياخذ الحي ولا شيء له في مصرف الاستثناء في الروايتين فحمل الاكثرون معنى
الاول ان يخرج الهالك من العقد فكانه لم يكن فصار الثمن كله بمنزلة القائم والاستثناء يصرف
الى التحالف لانه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البائع حصة
الهالك فيتحالفان والمراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ
من ثمن الهالك شيئا اصلا وعلى هذا عامتهم وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشتري

مع يمينه الا ان يرضى البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اخر لذلك ... اقر به المشتري
وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري وصدقه
لا يحلف المشتري وكلام المصنف يشير الى ان اخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما يقول صاحب
النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو
اولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما قيل والصحيح هو
الثاني لان البائع لا يترك من ثمن الميت شيئا لما اقر به المشتري انما يترك دعوى الزيادة
وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك
وقوله في تحرير المذهب يتحالفان في الحي ليس بصحيح على ما سيأتي وقال محمد يتحالفان عليهما
ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك
البعض اولى والجواب ان هلاك البعض يخرج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهول لا يصح عليه العقد
يجوز ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره والجواب هو الجواب ولابي حنيفة
ان التحالف على خلاف القياس في حالة قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها والجميع لا يبقى بفوات
البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس في معناه من كل وجه لان التحالف في القائم
لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف
مع الجهل وذلك لا يجوز ونقطع بما ذكرنا ان احد الدليلين المذكورين في المتن لاثبات المدعي
بنفي القياس وفيه ... اشارة الى الجواب عن مسئلة الاجارة فان القصار مثلا اذا اقام
بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه
وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع فكان ... بعض المنفعة كهلاك احد العبدين وفيه
التحالف عند ابي حنيفة ايضا فكذلك هلاك احد العبدين وبيان ذلك ان السلعة في البيع
واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي واما الاجارة فهي عقود متفرقة
يتجدد قبل كل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر
في الباقي فينتفي الالحاق بالدلالة وفيه اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد كما ذكرنا
ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع
بالله ما باعه بالف الخ فان نكلا ثم يختلف صفته التحالف عند ابي يوسف تشرط للتحالف
فان لم يتفقا وحلفا ادعى احدهما او كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي
المشتري برد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة
قيمة وهو منكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف
فمنهم من قال يتحالفان على القائم لا غير لان العقد ينفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس
بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه
المشتري صدق فلا يفيد التحالف والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه
البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري
فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن
ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان
القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنه ويعتبر قيمتهما في الانقسام
يوم القبض يعني يقسم الثمن الذي اقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم

القبض

القبض فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن
الذي اقر به ويسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على
التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على
المشتري ثلث ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القائم
يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع لان الثمن
قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره
فطولب بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة في يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم
العقد في حق انقسام الثمن ثبت على ذلك مسائل الزيادات قال محمد قيمة الام يوم العقد وقيمة
الزيادة والولد يوم القبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار
قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض وقال ظهير الدين هذا اشكال لهائل ولدته ... فلم يهتد
احد الى جوابه ثم قال والذي يخطر ببالي بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب
الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد
وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذا في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك
لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض
لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى كان
يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف بعد عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة
الهالك يوم القبض فيه فلهذا تعتبر قيمتهما يوم القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره
من الشارحين وانا اقول لان الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد
وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم القبض لانه ... العقد وهو مقبوض
على جهة الضمان يعتبر قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ
العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ
نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا
الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ وايهما اقام البينة
تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها
الزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لانها ضمنية والاعتبار
للمقصود وهو ما كان في قيمة الهالك ثم ذكر المصنف ما هو على قياسه من بيوع الاصل وهو
ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقيه ان القول ههنا قول البائع والبينة ايضا بينته مع ان المعهود
خلاف ذلك اذ البائع اما ان يكون مدعيا او مدعى عليه فان كان الاول تعين له البينة وان كان
الثاني فعليه اليمين اذا انكر فالجمع بينهما جمع المتنافيين وذلك لان كلا من اليمين والبينة
ينبني على امر لا يجتمع مع الاخر اعتبارا من خارج عنهما كذلك فبني الايمان على حقيقة
الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة ومبنى البينات على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل
غيره لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بحيث او
غير ذلك واذا ظهر هذا جاز ان يكون القول للبائع لانه منكر حقيقة اذ هو اعلم بفعل نفسه
وان تقبل بينته لانه مدع في الظاهر واذا قاما البينة يترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر
وفي كلامه نظر لانه علل اعتبار الحقيقة في الايمان بقوله لانها تتوجه على احد العاقدين

وهما يعرفان حقيقة ولو هو متفرع على المدعي فانه يتوجه اليمين على احد العاقدين دون الوكيل والآمر
انما هو المعتبر في الايمان هو الحقيقة ويمكن ان يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق عند
المحصلين قوله وهذا اي ما ذكر في الاصل يبين معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف في التحالف
وتفريعاته التي ذكرت في الجامع الصغير قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا
ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول
حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ سواء كان
بانفسهما او فسخها القاضي لانهما كالبيع لا ينفسخ الا بالفسخ فان قيل النص ما ثبت الا في البيع والاقالة فما
وجه جريان التحالف فيهما اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف بالنص لانه ورد في البيع
المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين فلا يتناولها وانما اثبتناه بالقياس لان ما نحن
فيه من مسئلة الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة
اذا اختلف الآجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة على البيع قبل القبض والوارث
على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير
المشتري يعني اذا اشترى عبدا فقتل غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة
مقام العين المستهلكة فاذا اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما
بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص اذ ذاك معقول المعنى ولو
قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى
النص معلولا بعد القبض ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه
الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض قال ومن اسلم
عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا
يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة في باب السلم لا تحتمله لكونها فيه اسقاطا لان المسلم
فيه هو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع
لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع الا ترى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب
يعني قضى القاضي بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا ترتفع الاقالة ولا يعود السلم
ولو كان ذلك في بيع العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي عليه
زيادة من راس المال وهو ينكر واما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان المسلم فيه قد سقط
بالاقالة قبل المعقود عليه فكذلك في اقالة الشراء فيما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا والفرق
لمحمد في اجراء التحالف في صورة هلاك السلعة نحو اقالة السلم واجيب بان الاقالة في السلم
قبل المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ

فصل اذا اختلف الزوجان في المهر

قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني
بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة اما قبول بينة المرأة فظاهر
لانها تدعي الزيادة واما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين
لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا وان اقاما فلا يخلو ان
يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان
الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر
المثل وان عجزا عن ذلك تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا ينفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام

التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل
بصحته لبقائه بلا ثمن فهو ليس بصحيح فينفسخ البيع فان قيل التحالف مشروع في البيع والنكاح
ليس في معناه سلمناه لكن فائدته فسخ العقد والنكاح ههنا لا ينفسخ اجيب بان موجبه في
البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وهو ههنا موجود
فالحقناه به وانما لا ينفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب وتوضيحه ان الفسخ في البيع انما كان لبقاء
العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا اصليا ايضا والبيع عند انعدام التسمية
وهذا على طريق تخصيص العلل والمخلص مخلص غير معلوم قوله ولكن يحكم مهر
المثل استدراك من قوله ولا ينفسخ النكاح اي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع فان كان
مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل
ما ادعته المرأة او اكثر قضي بما قالت كذلك وان كان اكثر مما اعترف به واقل مما ادعته قضي
لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة ولا الحط عنه قال المصنف رحمه الله ذكر التحالف
اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب
نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها انما هو بالتحالف فلهذا تقدم التحالف في الوجوه
كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المرأة
او اكثر منه وكان بينهما فهي خمسة وجوه واما في قول الرازي فلا تحالف الا في وجه
واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه اذا كان
مهر المثل مثل ما يقوله او اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته او اكثر قال في
النهاية وهذا هو الاصح وتحكيم مهر المثل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في
الدعاوى ان يكون القول لمن يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قال والاول قول
الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما
واقول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح انه غير مجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان
غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه واما
لتحكيمه من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف
المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا يخلو عن فائدة ويمكن ان
يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر
والظن فلا يفيد المعرفة ولا يصلح حكما ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا
لفائدة النكول فانه اول التسليمين عليه كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وهو التحكيم اولا
ثم التحليف كما ذكرناه وذكرنا خلاف ابي يوسف وهو ان القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق
وبعده الا ان ياتي بشيء مستنكر يعني في باب المهر فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد
والمرأة تدعي على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل اولا فمن شهد له
فالقول له وان كان بينهما يتحالفان والى ما مال الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي واما
على تخريج الكرخي فيتحالفان اولا كما تقدم الا ان قيمة الجارية اذا كانت مهر المثل تكون لها قيمتها
دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة قال وان اختلفا في الاجارة
في البدل اي الاجر او المبدل فاما ان يكون قبل استيفاء المعقود عليه او بعد ذلك او بعد استيفاء
بعضه فان اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فان كان الاختلاف في الاجرة

فبينة المؤجر أولى لأنها تثبت الزيادة وإن كان في المنفعة فبينة المستأجر كذلك وإن كانت بينتهما
قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل أن يدعي هذا شهرا بعشرين وذاك شهرين
بعشرة يقضى بشهرين بعشرين وإن يحتج التحالف وترادا في الأول لأن التحالف في البيع قبل القبض
على وفاق القياس كما مر والإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونها عقد
معاوضة يقبل الفسخ فإن وقع الاختلاف في الأجرة بدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الزيادة
فإن قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب
أولا على الآجر ثم وجب الأجرة على المستأجر بعده أجيب بأن الأجرة إذا كانت مشروطة التعجيل
فهو الأسبق إنكارا فيبدأ به وإن لم يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمها
لا يتوقف على قبض الأجرة فمعنى إنكار المستأجر لزيادة الأجرة مختلف وإن وقع الاختلاف في
المنفعة بدأ بيمين الآجر لذلك وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما حلف الثاني والقول
قول المستأجر وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف
على أصلهما وكذا على أصل محمد لأن فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي المعقود وما قام
مقامه فلا بد من العين وليس شيء منهما موجودا في الإجارة وأما المعقود وهو المنفعة فلأنه
عرض لا يبقى زمانين وأما ما يقوم مقامه فلأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما
أن لا عقد بينهما لانفساخه من الأصل فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ وإذا امتنع التحالف فالقول
للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه وفي الثالث تحالفا وفسخ العقد فيما بقي لأن العقد
ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة
إلى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لأن
المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد هلاكها وهو يمنع التحالف فيه والقول
قول المستأجر بالاتفاق بخلاف البيع لأن العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر
في الكل

فصل في اختلاف المولى والمكاتب

وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان
ويفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع أن المولى يدعي
بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره
فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في الثمن فيتحالفان ولأبي حنيفة أن الكتابة عقد
معاوضة ويجب البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم
للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وإنما ينقلب مقابلا للعتق عند الأداء وهذا لأن البدل لا بد له من
مبدل وليس في العقد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا بالرقبة في الحال لعتق عند تمام العقد
كما في البيع فإن المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين أن يكون في الحال مقابلا باليد ثم
ينقلب مقابلا للعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير لأن العبد لا يدعي شيئا

بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر قال وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح
للرجال كالعمامة والدرع والمنطقة فهو للرجل لأن الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية وهي
المعجر وهو ما تشد المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بذلك لأنها تقي الخمار كالحلة فهي للمرأة
مع اليمين لشهادة الظاهر لها قال الإمام التمرتاشي إلا إذا كان الرجل صائغا وله أساور وخواتيم
النساء والحلي والخلخال وأمثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الأشياء لها وكذا إذا كانت المرأة تبيع ثياب
الرجال وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والأمتعة والعقار فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها
في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه يعارض يده ظاهر
بأن الظاهر أقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فإن ما هو صالح للرجال فهو مستعمل الرجال
وما هو صالح للنساء فهو مستعمل النساء فإذا وقع الاشتباه ترجح بالاستعمال ويندفع بهذا ما إذا اختلف
العطار والإسكاف في آلات الأساكفة وآلات العطارين وهي في أيديهما فإنها تكون بينهما نصفان
عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال إلا الشبهة ولم يشاهد هذا الاستعمال
الأساكفة والعطارين ونشاهد كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها نصفين
ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة فإن مات أحدهما واختلفت
ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما أيهما كان لأن اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه
يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول أبي حنيفة رضي الله عنه لأن المذكور من حيث التفصيل ليس
قوله خاصة فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجال وما يصلح للنساء فهو للنساء بالإجماع ولا اختصاص
له بذلك وعلى هذا قوله وقال أبو يوسف يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها معناه فيما يصلح لهما
والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا ظاهر أقوى يجري العادة بذلك
فيبطل به ظاهر الزوج وأما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا والطلاق والموت سواء لقيام
الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما
فللرجل إن كان حيا أو لورثته إن كان ميتا لما قلنا لأبي حنيفة من الدليل وهو أن المرأة وما في
يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة إلى الحيوة وأما بالنسبة إلى الممات فقوله
والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة
لأن الحر أقوى لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى
ولهذا قلنا في الحر فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك وللحي
منهما في الممات حرا كان أو مملوكا هكذا وقع على في نسخ شروح الجامع الصغير قال الإمام
فخر الإسلام وشمس الأئمة والحي بعد الممات قال شيخ الأئمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وإنما
اختار إخبار العامة واشتد قوله لأنه خلت يد الحي عن المعارض وهذا عند أبي حنيفة وقالا العبد
المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب
في شيء في أيديهما يقضى به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه
فكذا لا يترجح الحر عليه في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب أن اليد على متاع البيت
باعتبار السكنى فيه وللحر السكنى أصل
دون المملوك فلا تعارض بينهما

فصل فيمن لا يكون خصما

ذكر من لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل
على ذكر من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي قال وان قال
المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه او اجرنيه او اعارنيه واقام
عليه بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة لا يندفع وان اقامها وقال ابن ابي ليلى يندفع
بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا
لم تندفع قال ابن شبرمة ثم اذا شهد الشهود فلا بد ان يقولوا اودعه فلان نعرفه باسمه ونسبه او رجل
مجهول لا نعرفه او رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الاول تقبل شهادتهم وفي
الثاني لا تقبل بالاتفاق وفي الثالث كذلك عند محمد وكالاول عند ابي حنيفة وهذه خمسة اقوال
فلهذا لقبت المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفا وجه
ظاهر الرواية وهو المذكور اولا ان المدعى عليه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومة وكل ما كان
خصومة كذلك فهو ليس بخصم ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت ببينته الملك للغائب بدون خصم عنه
اذ ليس بخصم ولا نائب ادخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات الملك والبناء على
المتعذر متعذر والجواب ان مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت
ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه ويبنى الثاني على الاول […] لانفكاكهما عنه كالوكيل بنقل
المرأة الى زوجها اذا اقامت البينة على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولا يحكم بوقوع
الطلاق ما لم يحضر الغائب كما مر ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات
الملك للغائب انما مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنيا ولا معتبر به ووجه
قول ابن ابي ليلى ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه فيثبت ان يده يد حفظ فلا
حاجة الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه
وهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غير معهود
في الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار ووجه قول ابي يوسف
ان المحتال من الناس قد يدفع ما اخذه من الناس الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود كلا
يحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي بها لا يقبل واما وجه الفصل الاول فلانه شهادة قامت
بمعلوم على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثاني فلاحتماله وجهين احدهما ان يكون المودع
هو المدعي حيث لم يعرفوه والثاني انه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه […]
الخصومة […] واما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله لما […]
الرجوع الى المودع […] بمنزلة ما لو قالوا اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة
على ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال للرجل تعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرفه باسمه
ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان المدعى عليه اثبت ببينته ان العين
وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه […] فكان […] الشهادة
تفيد ان يده ليست يد خصومة وهذا هو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس […] اليد
تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت قوله والمدعي هو الذي ضر بنفسه
جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي وجهه ان الضرر اللاحق للمدعي انما جاءه من قبله
حيث نسي خصمه او من جهة […] المدعى عليه وذلك لا يلزمه ثم هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين
قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء وديعة فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود

الخارج واما اذا هلكت لا تندفع الخصومة واما اذا اقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب
خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل
واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته
وهنا اقام المدعى عليه البينة على ان العين كانت في يده قال وان قال ابتعته من الغائب
فهو خصم واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك
اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبت هذا العين مني او سرقته مني واقام ذو اليد البينة
على الوديعة لا تندفع الخصومة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا تصح الدعوى على غير ذي اليد
وفعله لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره فجعل فعله مقصورا
عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدعوى على
غير ذي اليد ويده مترددة بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة
البينة اثبت انه يده
لغيره فلا يكون خصما

وان قال المدعي سرق مني

باب ما يدعيه الرجلان

لما فرغ من ذكر الواحد من المدعيين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين قال واذا
ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم انها له واقام البينة على ذلك قضي بها بينهما وفي قول
الشافعي في قول تهاترتا اي تساقطتا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه وفي
قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل كل العين
في حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما او يصار الى القرعة لان النبي صلى
الله عليه وسلم اقرع فيه روى سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى
الله عليه وسلم واقام كل واحد منهما البينة فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فقال اللهم انت تقضي
بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى
منه هذا العبد قال المصنف معناه من صاحب اليد […] المسئلة واقاما
على ذلك بينة من غير تاريخ فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي
شهد به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نقد لاستوائهما في الدعوى والحجة
كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة وان شاء ترك لانه تغير شرط العقد الذي يدعيه
وهو اتحاد الصفقة فقد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل فلم يحصل غرضه ويأخذ كل الثمن
فان قيل كذب احد البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحد كلا في وقت
واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهما اعتمد سببا في وقت اطلق له الشهادة
به فان قضى القاضي بينهما نصفين وقوله […] الى قوله لانه تمكن من قبضه […] على
سبق شرائه الا ان يشهد شهود الخارج انه شراه كان قبل شراء صاحب اليد فانه ينقض بها اليد
لان الصريح يفوت الدلالة وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا قال المصنف معناه من
واحد واحترز […] اذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى
لانه اقوى لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض

اي ان رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله عم واقاما البينة فقضى به النبي عم بينهما نصفين وعن علي […]

مثبتا للملك

كان الشرا والهبة ثابتين معا والشرا اثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى احدهما
الشرا والاخر الصدقة والقبض وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الوجهين في ان الشرا اقوى واذا
ادعى احدهما هبة وقبضا والاخر صدقة وقبضا فهما سواء فيقضي به بينهما في وجه الشيوع فان قيل
لا نسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم
وتقريره ان الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المال اي بما يظهر اثره في ثاني الحال اذ اللزوم
عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع الى المال لان الترجيح انما يكون
بمعنى في مرجح الحال فهذا اي الحكم بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح
وكذا فيما يحتملها كالدار والبستان عند البعض لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع
تعذر طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضي لهما بشيء
لانه شيوع الهبة في التابع نصا وكان اقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول ابي حنيفة رحمه
الله اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي ان يقضى لكل منهما بالنصف على قياس هبة
الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي
بالعقد الذي يشهد به شهوده وعنده اختلاف العقد من لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا
وانما يثبت الملك بمقتضى القاضي وشرطه الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها قال
اذا ادعى احدهما الشرا وادعت المرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يؤرخا او تاريخهما
على السواء يقضى بينهما لاستوائهما في القوة لان كل واحد منهما عقد معاوضة
يثبت الملك بنفسه والمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن
كان نقده اياه وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشرا اولى لان العمل
بالبينات ممكن اذ هما امكن والعمل لكونه حاجة مرجحا للشيوع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها
لان الشرا بعده يبطل اذا لم يجز والمرأة وان قدمنا الشرا صح العمل بها لان التزوج على ملك الغير
صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة ان لم يجز صاحبه لتعذر تسليمه ووجب لها على الزوج ذلك
وجه قول ابي يوسف ما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب كما اذا تاخر الشرا حتى
ملكا مطلقا اذا ادعى هبة وقبضا والاخر رهنا وقبضا واقاماها فالرهن اولى وهذا استحسان
وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهي اولى
وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى
من عقد التبرع ولا يرد الهبة بشرط العوض فانها اقوى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى
منها الجوهر ولان البيع عند تمامه يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى
لا صورة وان اقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى
لانه اثبت انه اول المالكين وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك الا من جهته والغرض ان الاخر يتلقى
منه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وقول محمد اولا ثم رجع محمد فقال يقضى بينهما لانه لا عبرة
للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في اصح الروايات وعلى قول ابي يوسف يقضى
لمن ارخ وعلى قول محمد يقضي لمن لم يؤرخ لانه يدعي اولية الملك وسنبين تمامه ان شاء الله
تعالى ولو ادعيا الشرا من واحد واقاماها ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء قضي به بينهما
وان ارخا تاريخين متفاوتين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه فكان
استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الاخر اشتراه من غير مالكه فكان باطلا فلا تتفاوت فيما

ذكر

ذكر في الكتاب من الحكم بين ان يكون البائع واحدا والثمن وانما التفاوت بينهما اذا وقت احدهما
دون الاخر على ما سنذكر بعد هذا وقوله معناه من غير صاحب اليد للتنبيه زيادة فائدة
فانه لا تفاوت في سائر الاحكام بين ان يكون ذلك الواحد ذا اليد او غيره فانه ذكر في الذخيرة
دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا او نقده
عليه الاحكام واقام كل واحد منهما البينة على الشرا من آخر كان اقام احدهما على الشرا من
زيد مثلا والاخر على الشرا من عمرو مثلا وذكرا تاريخا قضي بها بينهما نصفين لانهما يثبتان الملك لبايعهما
فيصير كانهما حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ان كل واحد
منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك ولو وقتت احداهما دون
الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم
بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما
تاريخا يحكم به لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيعه الثابت حكمنا به فكذا اذا ثبت
بالبينة الا اذا تبين انه متقدم عليه شرا الخصم ولقائل ان يقول لحاصل الفرق بين المسالتين ما ذكر
من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما الباقي فمشترك بين المسالتين وذلك
لا مدخل له في الفرق ويجوز ان يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين
~~متقدم عليه شرا غيره ولقائل ان يقول لحاصل الفرق بين المسالتين ما ذكر من قوله لانهما اتفقا على~~
ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما الثاني فمشترك بين المسالتين وذلك لا مدخل له في الفرق ويجوز
~~ان يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شرا الخصم ولقائل~~
ان ذلك لمدخل في الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما السبقة ملكه
في وقته وملك غيره مشكوك ان تاخر بطل وان تقدم تعارضا فترجح بالوقت واما اذا كان متعددا
فجاز ان يقعا معا فتبين كان الشرا معا وفي ذلك تعارض ايضا فيضعف قوة الوقت عن الترجيح
لتضاعف التعارض ولو ادعى رجل الشرا من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من ابيه
والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة على ذلك قضي به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك
من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق والملك للباعة بطريق التغليب
لان البائع واحد من المملكين فكان المراد منهم ملكهم قال وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ
وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا كان ذو اليد اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن
محمد رحمه الله وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه محمد بعدما كان يقول بقولهما رحمهما الله رجع عن
القول وهو ان بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا كانت اولى من بينة الخارج وقال لا تقبل
من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره الا النتاج لان النتاج دليل على اولية الملك دون التاريخ
لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء كما في
ما اذا اقامتا على الشراء واحدهما اسبق من الاخرى فان الاسبق اولى سواء كان
البائع واحدا او اثنين ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص
في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فان من ادعى
على ذي اليد شيئا وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة وقد مر قبل هذا
قبول بينة ذي اليد في ان العين في يده وديعة حتى تندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة البينة
انما قبلت بينة ذي اليد على الدفع ها هنا بجهة بذكر التاريخ لانها متضمنة دفع بينة

الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فيتقبل لكونها الدفع وعلى هذا الخلاف
لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف وفي
قول محمد لا يعتبر بالوقت لما بينا من الدليل في الجانبين ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على
مطلق الملك ووقت احدهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج اولى وكان ابو
يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء
اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل
اذا تضمنت معنى الدفع ولا دفع ههنا لانه انما يكون اذا كان التلقي من جهته وهنا
وقع الشك في ذلك لان ذكر تاريخ احدهما لم يحصل التاريخ اليقين بان الاخر تلقاه من جهته
لاحتمال ان الاخرى لو وقتا كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم
وعلى هذا اذا كانت الدار بايديهما فاقام احدهما بينة على ملك مؤرخ والاخر على ملك مطلق
فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا لابي يوسف قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل
المتضمنة معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لم يقل بذلك والا لزمه المسئلة الاولى وتحقيقه ان
ذلك يجوز ان يكون على قوله الاول ولو كانت العين في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقت بينة
احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى فهما سواء يقضي بينهما نصفين عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله الذي وقت اولى وقال محمد رحمه الله الذي اطلق اولى
لان الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن والمنفصلة
كالاكساب فكان ملكا الاصل فكان اولى من التاريخ ولابي يوسف ان التاريخ
يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن ولابي
حنيفة ان التاريخ يضامه اي يزاحمه عدم التقدم لان الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ من
حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك
المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ كما اذا ادعى المؤرخ سابقا من
وجه لاحقا من وجه كان للمؤرخ ايضا كذلك فاستويا في السبق واللحوق فيجعلان كانهما
ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التاريخ بمنزلة
الانتفاء ... قطع الاعتبار ... بخلاف ... قول ابي يوسف ومعناه انهما لما
اتفقا على ... اتفقا على الحدوث من التاريخ ينضاف الى اقرب الاوقات ويترجح جانب
التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل بينة على النتاج فذو اليد اولى وهذا جواب
... القياس الخارج اولى فيه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر اثباتا من بينة ذي
اليد لان الخارج يثبت بها اولية الملك الثابت للخارج بوجه ما وجه الاستحسان ان بينة
ذي اليد قامت على ما لا تدل عليه اليد وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت
بينة ذي اليد فيقضي له سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده اما قبله فظاهر واما
بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته تنبئ الامر حجة دافعة لبينة الخارج لان
النتاج لا يتكرر ... ظهرت بينة دافعة بين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا
واعلم ان بينة ذي اليد انما ترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب
او الوديعة او الاجارة او الرهن واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد يثبت
ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو اصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا

فكان

فكان اكثر اثباتا فهي اولى قوله وهذا اي ما ذكرنا من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه
ذهب عامة المشايخ خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يد ذي اليد
لا على طريق القضاء لان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين لان نتاج دابة من دابتين
غير متصور ... ووجه صحة ذلك ان محمدا رحمه الله ذكر في خارجين اقاما
البينة على النتاج انه يقضي به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد
ذي اليد والجواب عن قوله القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين
في الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة بناء على ان الشهادة
على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة
تظهر في التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف ولو تلقى كل
واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل فكان هناك بايعان واقام البينة على النتاج
عند من تلقى عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضي به لذي اليد لان
البايعين قد حضرا واقاما على ذلك البينة ثم يقضي به لصاحب اليد كذلك ههنا ولو اقام
احدهما البينة على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى خارجا كان او ذا اليد لان
بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كان
الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا انها تدل على اولية الملك فلا يثبت الملك
للاخر الا من جهته ولو قضي بالنتاج لذي اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضي له الا
ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به الملك
وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فكان للثالث ان يدعيه فيقضي
له بها تقدم من ان بينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضي بها للثالث وكذا
المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص
في دلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف
النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لصيرورته مقضيا عليه بالملك وجه الاستحسان انه
لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين ان الدفع لبينة المدعي كان موجودا
والقضاء كان خطأ فلا يكون مقضيا عليه فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد
على النتاج مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضاء القاضي فيه
موضع الاجتهاد اجيب بان القضاء انما يكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة
عنده وقت القضاء فترجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهنا البينة ما كانت قائمة عنده
حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام
ما يدفع به انتقض القضاء الاول قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة
قد تقدم ان القياس ما ذهب اليه ابن ابي ليلى ان بينة الخارج اولى في النتاج من بينة
ذي اليد وما ذهبنا اليه استحسان تركنا القياس بما روى جابر رضي الله عنه ان رجلا
ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته
نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي في يده قال والحق بالنتاج الا ما كان في معناه
من كل وجه كالاسباب التي لا تتكرر من اسباب الملك اذا ادعاه به كدعوى النتاج كما اذا ادعت غزل قطن
انه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه وادعى

لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او لبدا انه صنعه او مرعزى وهي
كالصوف تحت شعر العنز او صوفا مجزوزا انه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعاه ذو
اليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضي بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج من كل وجه
فيلحق به بدلالة النص وكما تكرر من ذلك قضى به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ
من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خزه او ادعى
دارا انها ملكه بناها او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها او حبا اخر
من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضى به للخارج لانها
ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما نقلناه واما في الباقية فان البنا يكون مرة بعد
اخرى وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم تغربل التراب فيميز الحبوب ثم تزرع ثانية واذا
لم يكن في معناه لا يلحق به فان اشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى العدول من اهل
الخبرة ويبني الحكم عليه قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فان اشكل على اهل
الخبرة قضي به للخارج لان القضا ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج كما روينا فاذا
لم يعلم يرجع الى الاصل قال فان اقام الخارج البينة على الملك وذو اليد ادعى الشرا منه فبينة
ذي اليد اولى لان الخارج ان كان يدعي اولية الملك فذو اليد تلقى منه ولا تنافي فصار
كما لو اقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشرا منه وان اقام الخارج البينة انه اشتراها
من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد قال المصنف رحمه الله هذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يقضي بهما لامكان العمل بهما
وذلك بان يجعل كان ذو اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض
دلالة السبق كما مر ولا يعكس اي ولا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد ولم يقبض باعه اياه
لان ذلك يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام
على الشرا اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر
بالاجماع كذا هنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك بعد ان السبب اذا كان مفيد الحكم
كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضا لذي اليد الا بملك مستحق
للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد انما نقضي له ولملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيدا
حكمه لانه بينة البيع فيبقى القضا بمجرد السبب وذلك غير مفيد ولو شهد البينتان على نقد الثمن
فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب وان
لم يشهد على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده فان البيعين عنده كان كل
واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص للوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع
والقبض تهاترتا بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما هذا البيع اقرار
من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرارين تهاتر الشهود فكذلك هنا وعند محمد باعتبار
ان بيع كل منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما
سابقا والاخر لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن احدهما اولى من الاخر في العين تساقطا فيبقى
العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله لان الجمع غير ممكن لان الجمع عبارة عن امكان
العمل بهما وههنا لم يمكن وان وقت البينتان في العقار ولم تثبت قبضا وقت الخارج اسبق
او وقت ذي اليد وكلاهما على وجهين اما ان يشهدوا بالقبض او لا فان كان وقت الخارج

الخز غنم البحر

اسبق فان لم يشهدوا بالقبض قضي بها لذي اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فيجعل
كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد
يقضي بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقي على ملكه وان شهدوا بالقبض يقضي بها
لصاحب اليد بالاجماع لانه يجعل ان الخارج باعها من بايعه بعدما قبضها وذلك صحيح على القولين
جميعا وان كان وقت ذي اليد اسبق يقضي للخارج في الوجهين يعني سوا شهدوا بالقبض او لم يشهدوا
اما اذا شهدوا به فلا اشكال واما اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشتراها وقبض ثم باع من
الخارج فيؤمر بالتسليم اليه والمصنف جمع الوجهين في قوله فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض
ثم باع ولم يسلم وقبضه باعتبار اثبات القبض قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة
فهما سوا لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل
بل بقوة فيها الا ترى ان الخبر الواحد لا يترجح بخبر اخر ولا الاية باية اخرى لان كل واحد منهما
علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة كما عرف في اصول الفقه
والشهادة العادلة يترجح على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا تترجح بكثرة العدد
لانها ليست بصفة الشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل قال واذا كانت الدار
في يد رجل ادعاها اثنان احدهما بجميع الدار والاخر بنصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة
ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة وعندهما بينهما
اثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة والاصل في ذلك ان عند ابي حنيفة ان المدلي بسبب صحيح وهو
ما يتعلق به استحقاق من غير انضمام معنى اخر اليه يضرب بجميع حصته كاصحاب العول والموصى
له بالثلث فما دونه وغرما الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر
ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا والموصى له باكثر من الثلث وعندهما ان قسمة العين متى وجبت
بسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان
في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي اخر نصفه واجاز
المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا فعلى هذا امكن الاتفاق بينهم على
العول وعلى المنازعة والافتراق فيما اتفقوا على العول فيه العول في التركة اما على اصله فلان السبب لا
يحتاج الى ضم شيء واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة
وما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضوليين اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى
انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول الى المشترى
الى البيع ومما اختلفوا فيه مسئلتنا فعلى اصل ابي حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي
تحتاج الى اتصال القضا بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة فيقول مدعي
النصف لا دعوى له في النصف الاخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الاخر كل منهما يدعيه وقد اقاما
عليه البينة واستويا في سبب الاستحقاق توجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين
فيحصل لصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين في
العين على معنى ان حق كل في القسمة منها شايع فيها فما من جز الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير فيه
فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان
فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا ولهذه المسئلة نظاير واضداد
لا تحتملها المختصرات قال المصنف وقد ذكرناه في الزيادات فمن نظايرها الموصى له بجميع المال و بنصفه

جميعا صح

بالشراء

عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا اذنه احد المولين مائة درهم واجنبي
مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند ابي حنيفة بطريق العول
اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك التخريج قال ولو كانت
دار في ايديهما الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما في يده كيلا يكون في
امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت
الدار في ايديهما فمدعي النصف لا يدعي على الآخر شيئا ومدعي الكل يدعي عليه النصف فهو خارج عن النصف
فطلبه اقامة البينة فان اقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه
اجتمع فيه بينة الخارج اولى فتقضى له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده لان صاحبه
لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة
انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان علامة صدق شهوده
قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت فصار
كانهما لم يؤقتا ولا تاريخ لهما هذا اذا كانا خارجين وان كان في يد احدهما فذو اليد اولى وان خالف سن الدابة
تاريخه او اشكل تقضى لذي اليد لما ظهر من علامة الصدق في شهوده او لسقوط اعتبار التوقيت
بالاشكال وان كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد لعامة المشايخ تهاتر البينتان وترك الدابة
في يد ذي اليد وان خالف سن الدابة الوقتين يعني في الخارجين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم
لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة في حالة الانفراد فيمتنع حالة الاجتماع ايضا فيترك
الدابة في يد من هي بيده قضاء ترك كانهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الاصح ما قاله محمد بن الحسن وهو
ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين
في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك ان كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر
الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فيسقط اعتبار ذلك الوقت المذكور وينظر الى المقصود
وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهكذا لانا لو اعتبرنا
التوقيت بطلت البينتان وبقي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد
فكيف نبقيه في يده مع قيام حجة الاستحقاق وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن محمد انه
قال ان كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء
ويترك في يدي ذي اليد قضاء ترك كانهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى المقصود
ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوي بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها
على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود الكذب وان كان عبد في يد رجل اقام رجلان عليه
البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهما سواء لان المودع لما جحد الوديعة صار غاصبا والاستواء في سبب الاستحقاق
يوجب الاستواء في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

فصل في التنازع بالايدي

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما ان

الايدي فقط اذا قامت البينة لا ملتفت الى اليد قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق
بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر لان الركوب مختص بالملك يعني غالبا وكذا اذا كان احدهما راكبا
في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج اولى لما ذكرنا ونقل الثقات ان هذه الرواية من النوادر وفي
ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان اما اذا كانا راكبين يعني في السرج فانها بينهما قولا واحدا لاستوائهما
في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه لاحدهما حمل فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا
في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا
ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به او كانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق
القضاء لان اليد على البساط انما يثبت بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك
فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا بيد غيرهما وهما يدعيانه على السواء كما لو كان في ايديهما نحو ذلك فرق
بينهما وبين الدار اذا ادعاها وهما ساكناها حيث لم يقض بينهما الا بطريق الترك ولا يقضى لا تقدم باليد
فيها عن حلول لان اليد فيها قد يكون بالاحتلال له وزوال ذلك عن [illegible] بعد ان كانت في
ملك له التي ثبت بالحلول ثبت عليها لم يحول الى محل آخر فكان يده ثابتة عليها حكما فلم يقبل بها القاضي
وحال ذي اليد لا يجوز القضاء [illegible] لان شرط جواز العلم بان للمدعي ليس في يد غير المدعيين
ولم يوجد واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس
الحجة فان كل واحد منهما متمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان
كما لو اقام احدهما شاهدين والآخر اربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص
~~لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان كل واحد منهما متمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا~~
~~ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو اقام احدهما شاهدين والآخر اربعة وفيه اشارة الى الفرق~~
بين مسئلة القميص لان الزيادة ثمة ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال
واذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه فلا يخلو اما ان يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه او لا فان كان الاول
فان لم يعبر فهو عبد لذي اليد وان تعبر فقال انا حر فالقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وتابلبا لظاهر
فيكون في يد نفسه وان قال انه عبد لفلان غير ذي اليد فهو عبد لذي اليد لانه اقر انه لا يد له على نفسه
باقراره بالرق فيكون من المجانين لا محالة فاقراره فيما غير موجبه كالطلاق والعتاق والهبة
والاقرار بالدين واجيب بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا عند معارضة اباه بدعوى الحرية
لاستحقاقه عليه وعند عدمها يعتبر فيكون القول قوله في رقه كالذي لا يعقل اصلا فكانت في
يده وان كان بالثاني فهو عند الذي في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يد له على نفسه واعترض
بالملتقط اذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبدا له وبان الرق من العوارض اذ الاصل الحرية
وهو يدفع العارض فكان الواجب ان لا يصدق ذو اليد الا بحجة واجيب عن الاول بان فرض الالتقاط ينفي
اليد لان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت
بها الرق وعن الثاني بان الاصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد دليل على ذلك لكونه بمنزلة المتاع
ولكن الملك مشترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق عليه في حال صغره قال
واذا كان الحائط لرجل واذا كان الحائط عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي جمع هردية
وهي قصبات مكتوبة بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب عن الليث [illegible]
ورد وكذا في الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشي لان صاحب الجذوع صاحب استعمال
والآخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل والآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال

المذكور في قوله او متصل بحائطه مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع
بتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في
انصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبة في الاخرى
واما اذا ثقب فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا
الحائط ومن هذا يعلم ان من الاتصال ما لا يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال
التربيع اولى وقوله والهرادي ليس بشيء يعني ترك محمد في الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار للهرادي
اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا
الهرادي والبواري وانما يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه
هرادي وليس للآخر عليه شيء قضي به بينهما ومعناه اذا عرف كونه في ايديهما قضي لهما به لانا نترك
واما لم يعرف كونه في ايديهما وقتا وادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يده يجعل في ايديهما لانه لا مانع
لهما الا انه يقضي بينهما ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها
بعد الثلاثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى للاكثر منها وان كان
جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية كتاب الاقرار
حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع فهو
مصدر في قوله اذا قال المصنف وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت جذوعه ثم قيل
ثم ما بين الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع ما موضع جذعه مع اتصال الحائط وفي هذه
الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما نصفين لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت
وصاحب ابيات كما تذكر وقيل يكون ذلك على قدر خشبتهما وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط
في موضع القول الاول اكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى لكثير الخشبات لا لخشبة وخشبة
فالقياس ترجع الى قوله يكون لصاحب الثلاثة الى آخره يعني ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط
بين صاحب الجذع والجذوع من صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من
جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين وجه الرواية
الثانية وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته فيقضى
بحسب الاستعمال ووجه الاولى ان الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا
لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق فلا يستحق به رفع
الخشبة الموضوعة اذ من الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه فان القسمة
لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم ان ما اختاره المصنف من حمل الجذع على الجذوع واحد هو قول
بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما ادلة الجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلاث لامكان
التسقيف بهما ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى وذكر في الذخيرة وجه الاول وعلى الثانية
وجه الثاني ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه فالاول
اولى لانه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والمتصرف اقوى ومن رواية السرخسي ويروى
ان الثاني اولى لان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله
لعدم القائل بالاشتراك ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى
لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها لكون الحجة مطلقة وهذه رواية الطحاوي وصححه الجرجاني ولو كان الاتصال
بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال اولى على اختيار عامة المشايخ وهكذا روي عن ابي يوسف

في الامالي

في الامالي واذا كان في يد رجل عشرة ابيات من دار وبيت في يد آخر واختلفا في الساحة فهي بينهما نصفان لاستوائهما
في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها ولا معتبر بكون احدهما
اخراجا دون الآخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في
يد احدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبه حيث يقضى لصاحب الهدب واذا تنازعا في مقدار الشرب حيث
يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة واجيب بان
الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والآخر كالاجنبي عنها والشرب يحتاج
اليه للاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حقه فيه
واما في الساحة فالاحتياج في الارباب وهم فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير
تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على حد عرض باب الدار قال واذا ادعى
رجلان ارضا كل واحد منهما ادعى انها في يده لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما حتى يقيما
البينة انها في ايديهما لان اليد حق مقصود ولا يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت
غير مشاهدة لتعذر احضارها لابد من البينة لاثبات ما غاب عن المشاهد وان اقام
احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة فان قيل البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت
انها في يد الآخر فليس بخصم اجيب بانه خصم باعتبار زعمه في اليد ومن كان خصما
باعتبار زعمه في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق
مقصود يعني فيجوز ان يكون مدعيه خصما فاذا اقاما البينة جعلت في ايديهما لقيام الحجة
فان طلب القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما بناء على مسألة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي ما
اذا كانت الدار في ايدي ورثة حضور كبار اقروا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم وطلبوا
من القاضي ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وتركها ميراثا
لهم وقال ابو يوسف ومحمد يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد انه انما قسمها بينهم باقرارهم
ثم المذكور هنا قول الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل
الحفظ والصيانة والعقار غير محتاج الى الحفظ فلم يثبت لان العقار غير محتاج الى الحفظ وان طلب
كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه وتوقف الدار الى
ان تظهر حقيقة الحال وان نكل احدهما قضي عليه بكل الحائط نصفها الذي كان في يده ونصفها
الذي كان بيد صاحبه لنكوله واذا ادعيا ارضا صحراء انها بايديهما يعني كل واحد منهما يدعي ذلك ولكل
لبن فيها … في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب في الدواب واللبس
في الثياب او بنى فيها او حفر …

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا
فقدمه قال واذا باع جارية فجاءت بولد الخ اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فيما اذا
جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل منهما على اربعة اوجه

اما ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر
وقد ادعاه البائع وحده فهو ابن البائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته
باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا فلا يسمع دعواه كما لو قال كنت اعتقتها
او دبرتها قبل ان ابيعها وان لم يكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب لان نسب الجارية بدون الدعوى
ووجه الاستحسان انا تيقنا باتصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر
عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها قوله ومبنى النسب على الخفاء
جواب عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء العلوق منه ثم يتبين له انه منه فيعفى فيه التناقض
ولا كذلك العتق والتدبير فصار كالمراة اذا اقامت البينة بعد الخلع على ان الزوج كان طلقها ثلاثا قبله
صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد
الثمن ان كان مقبوضا لانه قبضه بغير حق فان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته دعوة تحرير
والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها امية الولد
باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري
فان ادعياه معا ثبت النسب من البائع عندنا لان دعوته اسبق معنى لاستنادها الى وقت العلوق
وحيث كان في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير فان اصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين
دعوة التحرير وبين دعوة الاستيلاد لاقتصار الاولى على الحال دون الثانية فكان البائع اولى
قال وهذه دعوة استيلاد لاختصاصها على الحال دون الثانية فكان البائع اولى وهذه
دعوة استيلاد وجواب دخل تقريره كيف صحت الدعوى والملك معدوم ووجهه انها دعوة
استيلاد وهي لا تفتقر الى قيام الملك في الحال لانها تستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير
على ما يجيء وكذا ان ادعى المشتري بعد البائع لاستغناء الولد بنسبه عن النسب وان جاءت به لاكثر من
سنتين من وقت البيع فاما ان يصدقه المشتري او لا فان كان الثاني فلا يصح دعوة البائع لان
الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول ثبت النسب ويحمل على
الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت
حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الام لانها ام ولده اذا لم يتصل ولم يبق الدعوى في
الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله والبائع ليس بمالك كما ان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته
وان ادعياه معا او متعاقبا فانما صحت دعوة المشتري لان البائع كالاجنبي والحاجة به بل لمدة بين
فاما ان يصدقه المشتري او لا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال ان لا يكون العلوق
في ملكه فلم توجد الحجة وان صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد
كما في المسالة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته
لان دعوته صحيحة للانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه فكذا هنا وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري
اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي هذا اذا كانت المدة معلومة اما اذا لم يعلم انها ولدته بعد
البيع لاقل من مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او ما بينهما فالمسالة على اربعة اوجه ايضا فدعوة البائع وحده
لا تصح لغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال
كون العلوق في ملك البائع ان جاءت به لاقل المدة لا يمنع دعوة المشتري وان ادعيا معا لا يصح دعوة واحد

لم يصح دعوة احدهما

منهما

منهما وكان الولد عبدا للمشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر
من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت فان قيل في جانب المشتري يثبت
في وجهين وفي جانب البائع في وجه واحد فكان المشتري اولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة
فلا يكون معتبرا وان ادعياه متعاقبا ان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم تصح دعوة
واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما قال فان مات الولد فادعاه البائع
الاصل في هذه انه اذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة وينتفي ثبوت النسب
وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في
الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام
واستفادتها الحرية من جهته لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها قاله في مارية قبل ان ولدت
مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تعتقها ولان الابن ثبت له حقيقة الحرية ولها
حقها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبع ويرد الثمن كله
في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا بناء على ان مالية ام
الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وذكر
المصنف رحمه الله رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت فاذا
اعتق المشتري الام وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على
قيمة الولد وعلى قيمة الام فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد يسقط عنه عندهما
وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة اذا لم يصدقه
المشتري في دعواه وذكر المعنى اسقطها لانه كان معلوما من مسالة الموت والاصل في هذا الباب
ان المعنى به ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب
والام تابعة له في ذلك كما مر في الفصل الاول يعني به اعتق المشتري الام قام المانع وهو العتق
من الدعوة والاستيلاد في التبع وهو الام ولم يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد كان قبل ذلك
الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا علقت
الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد حرية امه ام ولد للبائع فكان ينبغي
ان يبطل البيع واعتاق المشتري الجارية بقوله وليس من ضرورة ثبوت الاستيلاد في
حق الام من ضرورة ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه كما في ولد المغرور وهو ما اذا
اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو
ثابت النسب من ابيه وليست امه ام ولد له وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امراة
على انها حرة فولدت فاذا هي امة وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه
البائع بان ولده قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد
فيه وفي التبع قال وانما كان الاعتاق مانعا لانه يثبت حق الولاء عن ثبوت النسب بدعوة البائع
ومعناه ان الاعتاق من المشتري لحق استيلاد النسب في الولد وفي حق الاستيلاد في الام في ان
كل واحد منهما لا يحتمل النقض فليس نقض احدهما على نقل الاخر ترجيح من هذا الوجه
جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري وذلك العتق
بري واجيب بان التوامين من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما والحكم بحريته
ثبوت النسب الاخر ولنا بل ان يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في احدهما لثبوته في الاخر والا لزم

لعدم ضرورة ثبوت العتق في احدهما

ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن ان يجاب بانه ان ثبت العتق في الآخر
لزم تضمينا بقيمته وفي ذلك ضرر زائد فان يعود من بان البائع اذا ادعى النسب الذي عنده كان ذلك
تبعيا في نقض ما تم من جهته اجيب بان نقض غير مقصود فلا معتبر به قوله ثم الثابت بيان ترجيح الاعتاق
على الاستحقاق فان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبائع في الولد حق الدعوة في
الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فان المالك
القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس بترجيح بل هو جمع
بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان
يجاب عنه بان تهدد الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تمكن اهل الحرب مما استولوا عليه من
اموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا بالاخذ بالقيمة جمعا بينهما
والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل
من ملك الى ملك قوله وفي اسح الفصل الاول يريد به ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد
اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح
كما ذكرنا في فصل الموت وقوله هو الصحيح احترازا عما ذكر شمس الائمة في المبسوط وقاضي خان
والجامع الصغير انه يرد ما يخص الولد من الثمن بخلاف الموت وفرقوا بينهما في الاعتاق كذب القاضي
البائع فيما زعم انها ام ولد حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة ولما في
فصل الموت فيما لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فرد جميع الثمن والذي
اختاره المصنف هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير على ان ام الولد لا قيمة لها فقالوا
انه مخالف لرواية الاصل فكيف يسترد الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق
المشتري كذا الواجب ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد
الحادث بعد القبض واجيب بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث
قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه بالدعوة
قال ومن باع عبدا ولد عنده والاصل في هذا انه اذا حدث في الولد ما يحتمل النقض لا
يمنع الدعوة فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم
باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقض وما
للبائع من حق الدعوة لا يحتمله فينقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او
كاتب امه او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فتنقض لاجل ما لا
يحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير لما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع
حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه
ولقائل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فان تساويا فما بال الدعوة من
المشتري ومن البائع تساويا وان في ان الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان
التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وكذلك ثابت بالبينة وترجيح دعوة المشتري
على دعوة البائع من حيث ان اقرار الولد فلا يستغنى بالاولى عن ثبوت النسب في الثاني لانه لا مزاحم له فلا
حاجة الى الثانية ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه وكلامه فيه ظاهر وذكر رواية
الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري
قال شمس الائمة يجوز ان يقال علامان توأم او توأمان وترك وبطل عتق المشتري لانه كانت

الرواية بكسر الراء والعتوق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل وكلامه ظاهر
وقد تقدم الكلام فيه سواء الاول وحق بالخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه
مقصودا لا يبتنى على تقدير تصحيح الدعوة من البائع وقد تقدم ان حق الدعوة لا يعارض الاعتاق
وهنا اي في مسئلة التوأمين يثبت بطلان اعتاق المشتري تبعا لحريته حرية الاصل لا حرية
التحرير والضمير لحريته راجع الى المشترا بالفتح وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير للمشتري كذلك
وقوله حرية الاصل بدل من قوله الحرية وانما ابدل به اشارة الى سبقها لينبنى بذلك ان البيع
لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محلا فكان خليقا بالرد والابطال ولو لم يكن اصل العلوق في
ملك المدعي ثبت الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه انعدم شاهد
الاتصال بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجازا كقوله هذا حر دعوة تحرير ولو قال لاحد التوأمين هذا
حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل احد التوأمين
وابيعه الآخر فادعى احدهما الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم يقتصر دعوة
التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه واجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو
ان المدعي ان كان هو الاب فالابن قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب ملك
حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير قال واذا كان الصبي في يد رجل فاقر انه
ابن عبد لفلان الغائب ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته ابدا وفيه من الاوجه
لا حالا ولا مستقبلا اما حالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير واما استقبالا فلان
الغائب لا يخلو من ثلاث اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت عن التصديق والتكذيب ففي
الوجه الاول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يبطل اقراره بتكذيب من جهة المقر له فبقي
اقراره وفي الوجه الثاني لا تصح دعوته عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا اقر بالنسب يرتد بالرد
فصار كان لم يكن الاقرار بسبب عبده فاقر به لا يثبت فكذا لو هزل به فان ارتد العبد كان وجوده
وعدمه على حد سواء فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه وصار كما اذا اقر المشتري على البائع
باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال المشتري انا اعتقته فان الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا اصدقه
لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به
حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه لغير الملاعن لاحتمال تكذيب
نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار
به لا يرتد بالرد لان الاقرار به يتضمن شيئين خروج المقر عن الرجوع فيما اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار
بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له به وتكذيب العبد لا يبطل شيئا منهما اما الاول فلا تكذيبه لا يمس
جانبه لما قلنا واما الثاني فلانه لم يتمحض على الخلوص بل فيه حق الولد ايضا وهو يتعدى على ابطاله
ونظر الامام فخر الاسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة او فسق ثم ادعاه
الشاهد لنفسه فانها لا تصح وكذلك اوردها المصنف وذكر الاسبيجابي انه على الخلاف لا يقبل عند
ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما قوله ومسئلة الولاء جواب عن استشهادهما بانها على الخلاف فلا
ينتقض بها شاهد يعني وكن الولاء قد يبطل باعتراض من الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى جانب الاب
وصورته معروفة وانما لا يبطل اذا تقرر سببه ولم يتقرر لا هنا على عرضية التصديق بعد
التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه بما هو اقوى وهو دعوى المشتري لان الملك له كاملا
في الحال فكان دعوى الولاء باطلا فالاصل لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على ما مر

ان النسب مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح مخرجا اي حيلة على اصل ابي حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف
المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فينقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره قال واذا كان الصبي في يد
مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان
الاسلام مرجح ايما كان والترجيح يقتضي التعارض ولا تعارض ههنا لان النظر للصبي واجب ونظره
فيما ذكرناه اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة
وفي عكسه الحكم بالاسلام اي تبعا الحكم به تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها
ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد
وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا ترى الى كفرة الاباء مع ظهور دلائل التوحيد وقد
تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر
للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لابائهم يوجب
دعوة الاولاد لابائهم وهذا مدعي النسب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الايتان وفي
الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظر لها كثرة فكانت اقوى من المانع وكفر الاباء بجحودهم
والاصل عدمه الا ترى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الافاق وبين الحضانة لا يلزم
منها خلاف ترك النسب ههنا فان المصير فيه الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة هذا والله اعلم
بالصواب ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين ولو
تنازع غلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام
كل واحد من الفريقين بينة يقضى للنصراني لان الدعوى دعوى البنوة ولم يترجح جانب الاسلام لان
بالغ بيين وان استويا في النسب في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام
من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير
بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه اولى وفيه نظر لانه اضعف
من كلامه في الترجيح لا محالة والجواب انه يتقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لانه
اشبه بالمدعين لانه يدعي حقا لنفسه قال واذا ادعت امراة صبيا انه ابنها فاما ان تكون
ذات زوج او معتدة او لا منكوحة ولا معتدة فان كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت انه ابنها
منه ثبت النسب منهما لالتزامه ولا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امراة
لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بالحجة وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل
بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة
القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند ابي حنيفة الا اذا كان هناك حبل
ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امراة واحدة وقد مر في الطلاق وان لم تكن
ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفي
هذا لا فرق بين الرجل والمراة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج او لا والفرق هو
ان الاصل ان كل من ادعى امرا لا يمكن اثباته بالبينة كان القول قوله من غير بينة وكل من يدعي امرا
يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة والمراة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال
الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على العلوق لخفاء فيه فلا
يحتاج اليها قال الاول هو المختار لعدم التحميل على احد فيها ولو كان الصبي في ايديهما وادعيا
لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر فالقول له ايهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر

قال

قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده باب دعوى النسب تشتمل ولد المغرور والمغرور من وطئ امراة
معتمدا على ملك اليمين او نكاح فولدت منه ثم استحقت الوالدة فولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع
فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف في انه مضمون
على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب يفك الغلام بالغلام والجارية
بالجارية يعني اذا كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها
وقال علي بن ابي طالب عليه قيمتها واليه ذهب اصحابنا لانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون
مضمونا بالمثل وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ولان النظر من
الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه ورقيقا في حق مدعيه نظرا
لهما قوله ثم الولد حاصل بيان لسبب الضمان وهو المنع لانه حاصل في يده من غير صنعه يعني من
غير تعد منه فكان كولد المغصوبة اما انه لا يضمن الا بالمنع ولهذا تعتبر قيمته يوم الخصومة
لانه يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته لانعدام المنع وانه لو ترك مالا لا يضمن
الاب قيمته لعدم المنع وبه لو ترك مالا يضمن ايضا لان المنع لا يتحقق لا عنه ولا عن بدله
لان الارث ليس ببدل عنه وانما لا يضمن لانه حر الاصل في حقه فيرثه الاب ولا يقال ينبغي ان يكون
المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق الاب رقيق في حق المدعي لانه يعتبر حر الاصل في حق المدعي
ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة
لا يتعدى موضعها وانه لو قتله الاب يضمن قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة
بدله كسلامته بنفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة
الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع
اجزائه كما يرجع بثمنه اي بثمن المبيع وهو الام لان الغرر يشملهما بخلاف العقر فانه لا يرجع به على البائع
لانه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته والله اعلم

اي سلامة المبيع

كتاب الاقرار

قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يعقبه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة
والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه الى المدعى عليه فامره لا يخلو
اما ان يقر او ينكر وانكاره سبب الخصومة والخصومة مستدعية الصلح قال الله تعالى
وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار
او بالصلح فامر ما حصل له من ماله لا يخلو اما ان يسترجع منه او لا فان استرجع منه فلا يخلو
اما ان يسترجع بنفسه او بغيره وقد ذكرنا الاسترباح بنفسه في كتاب البيوع المناسبة التي ذكرناها
هنالك فيما قبله فذكر ههنا الاسترباح بغيره وهو المضاربة وان لم يسترجع فلا يخلو اما ان
يحفظه بنفسه او بغيره فلم يذكر حفظه بنفسه لانه لا يتعلق به حكم من المعاملات فبقي حفظه بغيره
وهو الوديعة قال واذا اقر الحر البالغ العاقل لا قرار مشتق من القرار وكان في اللغة عبارة

انه ابنهما

عن اثبات ما كان منتفيا لان الاقرار في الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشروطه ستذكر في
اثناء الكلام وحكمه الزام على المقر بما اقر به لوقوعه دلالة على المخبر به فان المال محبوب بالطبع
فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول بقوله صلى الله عليه وسلم [illegible] في باب
الحدود فانه صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان ملزما
فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى وهو حجة قاصرة اما حجيته فلما تبين انه ملزم
وغير الحجة غير ملزم واما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وحقيقته ان الاقرار خبر متردد بين
الصدق والكذب فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق
بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة ثابتة في الاقرار على غيره فيبقى على التردد الناشئ
لصلاحية الحجة وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا
بالحر في حق الاقرار ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص وكان
هذا اعتذارا عن قوله اذا اقر الحر لانه لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر لزمه وهذا
صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزم او لم يلزم فسكت عنه فلا يرد عليه شيء فصح ان يقال
ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في نحو اقاريرهم بالحدود والقصاص وحجر
المحجور عن القصاص بالمال دون المأذون له وقوله لان اقراره الى اخره دليل ذلك المجموع له
والضمير في اقراره للمحجور عليه اي اقرار المحجور عليه غير موجب لتعلق الدين برقبته وهي مال
المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا
ان اقراره لا يصح اذ قد لا يتهيأ لهم الاشهاد في كل تجارة فيحلونها معه بخلاف الحدود والقصاص
لان العبد فيهما مبقى على اصل الحرية حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان وجوبهما
بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الادمية لا انه مال
فلا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا اذا
كان الصبي مأذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما
فجهالته لا تمنع صحته لان الاقرار اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بان اتلف
مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يدري ارشها او يبقى عليه بقية حساب لا يحيط
به علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا وعورض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق
قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد تلزم مجهولة ولم تثبت بصحتها واجيب بان العلم بالمشهود
به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع
صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذا من جهالة المقر مثل ان يقول لك على واحد
منا الف واذا اقر بالمجهول يقال له بين المجهول لان الاجمال من جهته فعليه البيان كما اذا اعتق احد
عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره بالجهالة
وفي بعض النسخ بتصحيح اقراره وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له علي شيء لزمه
ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون
رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فاذا بين ما له قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا
او عدديا نحو كر حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده المقر له او لا فان ساعده اخذه والا
فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان
علي حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو

مال

مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو
اختيار مشايخ العراق والاول الاصح لان الغصب اخذ مال الغير بما يجري فيه التمانع ولا يكون بيانه بما يجري
فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت
مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح لانه مما يجري فيه التمانع فان قيل الغصب
اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم
فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما فالجواب ان ذلك حقيقة وقد ترك الحقيقة
بدلالة العرف العادة كما عرف في موضعه وقد اشار بقوله تعويلا على العادة قال ولو قال
لفلان علي مال اذا قال في اقراره لفلان علي مال فالمرجع في البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله فيما
بين الا فيما دون الدرهم والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة
ولو قال مال عظيم قال الشافعي هو مثل الاول وكذلك الغاء لوصف العظيم فلا يجوز فلا بد من
البيان بما يعد عظيما عند الناس والغنى بالنصاب لانه يعد صاحبه غنيا فلا بد من البيان به
فان بين بالمال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا ففي الابل خمس وعشرون لانه اقل نصاب
فيه الزكاة من جنسه وفي الدنانير عشرين مثقالا وفي الدراهم مائتي درهم وان بين بغير
فلا بد من قيمة النصاب وهذا قول ابي يوسف ومحمد ولم يذكر محمد قول ابي حنيفة في الاصل
في هذا الفصل يعني اذا وصف بالعظم وروي عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب
السرقة لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه
لم يذكر عددا فيجب مراعاة اللفظ فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي
يجب فيه الزكاة قال في النهاية والاصح على قوله انه يبنى على حال المقر في الفقر والغنى
فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم ولو قال اموال عظام
فالتقدير بثلاثة نصب من اي نوع سماه اعتبارا لادنى الجمع واذا قال دراهم كثيرة لم
يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة وفي اقل من مائتي درهم عندهما وفي اقل من ثلاثة
عند الشافعي لان الكثرة امر اضافي تصدق على الواحد على محل عدد والعرف فيه مختلف فكم
من مستكثر عند قوم قليل عند اخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وباقل منه
كما في السرقة والمهر وتارة بالنصاب اخرى كالزكاة وجوبا وحرمانا من اخذها وباكثر من ذلك
كالاستطاعة في الحج في اماكن البعيدة فلم يمكن العمل بهما اصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف
الى ثلاثة وقالا لا يمكن العمل بها لانها في النصاب كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغاء
وقال ابو حنيفة الدراهم مميز يقع بمميز العدد فاقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع مميزا هو
العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد يقال احد عشر درهما ومائة والف درهم فيكون العشرة هي
الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا
ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلاثة بالاتفاق لانه
اقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه وعلى المثنى الا ان يبين اكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه
عليه تغليظا وينصرف في الجرد الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف
حمل على وزن سبعة لكونه معتبرا في الشرع قال ولو قال كذا كذا درهما اي لو عين العدد
والاصل في استعماله انه على المبهم اعتبارا بالمفسر فما له نظير في الاعداد المفسرة حمل على
اقل ما يكون مثل ذلك النوع وما لا نظير له ذلك بطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له علي

درهم وإذا قال كذا كذا كان أحد عشر وإن ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير وإذا
قال كذا وكذا كان أحدا وعشرين وإن ثلث بالواو كان مائة وأحدا وعشرين وإن ربع
يزاد ألف وإن قال له علي أو قبلي فهو إقرار بالدين لأن علي للإيجاب وقبلي ينبئ عن الضمان
على ما مر في الكفالة ولو وصل المقر به بقوله وديعة صدق ويكون مجازا في الإيجاب لحفظ
المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا قال المصنف وفي
نسخ المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي أنه إقرار بأمانة لأن اللفظ ينتظمهما حتى
صار قوله لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعا والأمانة أقلهما فيحمل عليها
وكان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الأصل لأن
الهداية بشرح مسائل الجامع الصغير والقدوري إلا أن يكون المذكور في الأصل هو الأصح
فقدمه في الذكر ولو قال عندي أو معي أو في يدي واليد تتنوع إلى أمانة وضمان فيثبت
أقلهما وهو الأمانة ونوقض بما إذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين
فإنه دين ولم يثبت أقلهما وهو الأمانة وأجيب بأنه ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين والآخر
يوجب عين الوديعة والجمع بينهما غير ممكن وإهمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل الأعلى
على الأدنى وهو لا يجوز لأن الشيء لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال الرجل لي عليك
ألف درهم فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها كان إقرارا بالمدعى لأن ما خرج
جوابا إذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا إلى المذكور ولأنه لعادة يصرح لفظه في
فترة كلامه بالكناية رجع إلى المذكور في الدعوى فكأنه قال اتزن الألف التي لك علي كما لو أجاب
بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور لكونه
مستقلا بمعناه قال اتعدوا بالناس(؟) واكتسب المال واترك الدعوى الباطلة أو نقادا
للناس دراهم وأما في قوله أجلني فلأن التأجيل إنما يكون في حق واجب وأما في قد
قضيتكها فلأن القضاء يتلو الوجوب ودعوى الإبراء كدعوى القضاء لأنه يتلو الوجوب
وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي أو وهبتها لي كان إقرارا لأنه
دعوى التمليك وذلك يقتضي سابقة الوجوب ولو قال له علي ألف إلى سنة وقال المقر
له كلا هي حالة فالقول للمقر له لأن المقر أقر على نفسه وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق
كما إذا أقر بعبد في يده لغيره وادعى الإجارة لا يصدق في دعوى الإجارة بخلاف ما إذا أقر
بدراهم سود فإنه يصدق لأن السواد صفة في الدراهم فيلزم على الصفة التي أقر بها وقد
مرت المسئلة في الكفالة ويستحلف المقر له على إنكار الأجل لأنه منكر واليمين على من أنكر
ولو قال له علي مائة ودرهم لزمته كلها دراهم ولو قال مائة وثوب أو مائة وشاة
لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع في تفسير المائة إليه لأنه المجمل وهو القياس
في الدرهم أيضا وبه قال الشافعي لأن المائة مبهمة والمبهم يحتاج إلى التفسير ولا تفسير له
ههنا لأن الدراهم معطوف عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة(؟)
فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين
أنهم استثقلوا تكرار الدراهم واكتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال فيما يكثر استعماله
وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير
والمكيل والموزون لثبوتهما في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة وتجويز الاستقراض

بها

بها إجمالا فيعتبر بها فإن الثوب لا يثبت في الذمة دينا إلا سلما والشاة لا تثبت في الذمة أصلا
فلم يكثر كثرتها فبقي على الحقيقة أي على الأصل وهو أن يكون بيان المجمل إلى المجمل لعدم
صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا إذا قال مائة وثوبان
فيرجع في بيان المائة إلى المقر لما بينا أن الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها
بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لأنه ذكر عددين
مبهمين وأعقبهما تفسيرا إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف
إليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير لا يقال الأثواب جمع لا يصلح تمييزا للمائة
لأنها لما اقترنت بالثلاثة صار العددان واحدا قال ومن أقر بتمر في قوصرة فالأصل في جنس
هذه المسائل أن من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فإما أن يذكرهما بكلمة في أو بكلمة
من فإن كان الأول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتخفيف والتشديد
وعاء التمر أو ثوبا في منديل أو طعاما في سفينة أو حنطة في جوالق لزماه لأن غصب
الشيء وهو منقول لا يتحقق بدون الظرف وإن كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من
منديل وطعاما من سفينة لم يلزمه إلا المظروف لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقرارا بغصب
المنزوع ومن أقر [illegible] كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لأن الثاني
لما لم يصلح ظرفا للأول لغا آخر كلامه ومن أقر بغصب دابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة يعني
أن الإقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه إلا ضمان الدابة خاصة يعني عند أبي حنيفة وأبي
يوسف رحمهما الله وكذا إذا قال غصبت منه طعاما في بيت لأن الدابة والطعام يدخلان
في ضمانه بالغصب والإصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لأنهما غير منقولين والغصب الموجب
للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل وعند محمد رحمه الله يدخلان في ضمانه بدخولهما في الإقرار
لأنه يرى غصب العقار والنصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء
وهي علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والأسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهو
الخشب وبقية كلامه يعلم من الأصل المذكور قوله لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب
قيل هو المنقوض على أصلهما بأن قال غصبته كرباسا في عشرة أثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع
أن عشرة أثواب حرير لا تجعل وعاء للكرباس عادة قوله على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء
معناه أن الجميع ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها يعني ما حواه والوعاء الذي ليس هو بموعى
هو ما كان ظاهرا فإذا تحقق علم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين
أول كلامه محالا يحتمل أن يكون في معنى البين(؟) قوله لأن الضرب لا يكثر المال معناه أن أثر الضرب
في تكسير الأجزاء لا إزالة الكسر لا في زيادة المال وعشرة دراهم وإن جعلته العرجون(؟) يرد
فيه وزن قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق والله أعلم بالصواب

فصل في مسائل الحمل

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة وألحق بها مسئلة الخيار إتباعا للمبسوط

قال ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم ومن اقر لحمل فاما ان يبين سببا او لا فان بين فاما ان يكون سببا صالحا او لا فان كان صالحا مثل ان يقول اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح فانه بين سببا لو عاينّاه حكمنا به فكذلك بالاقرار ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر جاءت به لاقل من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه وكذا ان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث يقسم بين ورثته لانه في هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين فان كان السبب غير صالح مثل ان قال باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا لعدم تصورها من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه فان قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل هو تكذيب بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف ما اذا اقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنيابة وهو القاضي او من يأذن له القاضي فاذا تصور بالنيابة كان الكلام اضافة الاقرار اليه وان لم يبين شيئا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وصححه محمد لان الاقرار اذا صدر من اهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى المحل بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتفاوضين عليه فاخذ به الشريك الآخر والعبد في حال رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة وماتت والمقر وارثه ورث الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث في هذه الصورة لانه من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل ايضا ومن اقر لرجل بشيء انه بالخيار في اقراره ثلاثة ايام فالاقرار صحيح يلزمه به ما اقر به لوجود الصيغة الملزمة وصح قوله على نحوه والخيار باطل لان الخيار للفسخ والاختيار لا يحتمل لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثيره في العقود لتغير صفة العقد وتخير بين فسخه وامضائه والله اعلم

باب الاستثناء

وما في معناه لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه تغيرا وهو الشرط والاستثناء افتعال من الثنيء وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه قال ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي اما لزوم الباقي فلان الاستثناء مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي فان معنى قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله على تسعة لما عرف في الاصول واما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التأخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول ولا فصل بين ان يكون المستثنى اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم يتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه واستثناء الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل كان موصولا او مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ واما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح كما قال المصنف في الباب الاول من ايمان الزيادات استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى اتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بعين اللفظ الاول لم يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كذلك ضرورة عدم ملكه فيما سواه لان الامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى لا ما ثنا وله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ فانه لم يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح لجانب اللفظ على المعنى واهمال المعنى والشافعي وجه ذلك اجيب بان الاستثناء تصرف لفظي الا ترى انه لو قال انت طالق ست تطليقات الا اربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان فان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلاثا الا اربعا فكان اعتباره اولى ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولزمه مائة الا قيمة الدينار او القفيز خلافا لمحمد ولو قال له علي مائة الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي وقوله فيهما اي في قول محمد والشافعي يرجع الى المعدود وغيره لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر فمحمد يقول ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس وللشافعي ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي وكلام المصنف كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه عند الشافعي شرط ايضا وهو شرط الجواز وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانا نقول الاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول انه لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو محتاج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول فيما والابي حنيفة وابي يوسف ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه انه عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا ارتياب فيه واحلوا انما الكلام في تناولها اياه حكما فنقلنا ثنا قولنا انما كان على ان اخص اوصاف الدراهم الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب اما الدنانير فظاهر واما المقدرات فلانها اثمان باوصافها فانها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا او مؤجلا وجاز الاستقراض بها واما العددي المتقارب فلانه بمنزلة المثلي لقلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم بحصول المجانسة

ثمنهما باشتراكهما في اخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته واما الثوب
فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما او ما في معنى السلم كالبيع
بثياب موصوفة وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي المستثنى من
الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ولقائل ان يقول ما ليس بثمن
لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ او القيمة والاول مسلم والثاني ممنوع والثاني ممنوع
لان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان تقدير الاستثناء يقتضي
حقيقة المجانسة او معناه بما ذكرنا من حيث اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير
التجانس ثم المصير الى القيمة ولم يوجد ذلك في غير المقدرات قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله
ومن قال لفلان علي مائة ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال
كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم
المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف لا يقع الطلاق لانه ابطال وعند
محمد يقع لانه تعليق فاذا تقدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير
شرط فوقع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني
فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق به
غير صحيح وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا
جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون دعوى الاجل
الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم قال ومن اقر
بدار واستثنى بناءها لنفسه ومن قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر له الدار
والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى من متناول اللفظ
المستثنى منه مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء
من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظي وقد
تقدم ذلك والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانها تدخل فيه
تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل
فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال
هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر بها ثم ادعى بيتا منها بعد ذلك
فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة
عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الدار دون البناء لفلان والبناء لا يتبعها بخلاف
ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار
بالبناء كالاقرار بالدار وحاصل هذه المسائل يخرج على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى
صحيح دون العكس والثاني ان اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيئين يتبع احدهما
الاخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظاهر وان كان لشخصين فان قدم التابع فقال بناء هذه
الدار لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصح جعل البناء تابعا لها
لئلا يلزم الاقرار على الغير فان قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لان الاقرار به يستتبع التابع
مع الاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا اقر باحدهما فان كان المتبوع كقوله الارض
لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع كقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما

قال

قال لان في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه فيصح قال ولو قال له علي الف
درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فاما ان ذكر عبدا بعينه او لا فان كان الاول
فهو على وجوه احدها ان يصدقه المقر له فيقال له ان شئت سلم العبد وخذ الالف والا
فلا شيء لك لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لانهما اذا تصادقا
ثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر
له والجواب ان ذلك يحكم ما اذا ادعى المقر له بتسليم الثمن وليس ما نحن فيه كذلك فان
حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل والثاني ان يقول المقر له العبد
عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المال لازم على المقر لاقراره
به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما
لو قال لك علي الف غصبتها منك وقال الاخر استقرضته مني ولا تفاوت في هذا بين
ان يكون العبد في يد المقر او المقر له والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وفيه
لا يلزم المشتري لان المقر ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم
للمقر له بدله وفي هذا ايضا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر او يد المقر له فانه
اذا كان في يد المقر باطل العبد ولو قال مع ذلك اي مع انكار العبد انما بعتك غيره
يدعي لزوم المال ببيع عبد اخر تحالفا لان المدعي يدعي تسليم من عينه والمقر له يدعي
عليه الالف ببيع غيره والمقر ينكر واذا تحالفا بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن هو
في يده وان كان الثاني لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل
او فصل لانه رجوع عما اقر به فان اقراره صح وجوبا لكلمة علي وانكاره القبض في غير
المعين ينافي الوجوب اصلا لان جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد او طارئة
كما اذا اشترى عبدا ونسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة
على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فاول كلامه اقرار بوجوب الثمن واخره
يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد المقر له اما
ان صدق المقر في الجهة اولا فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما سيأتي وان
كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل فان وصل فالقول قوله وان فصل لم
يصدق لان اول كلامه موجب واخره قد يغيره لانه يحتمل انتفاء على اعتبار عدم القبض فكان
بيانا تغيير وهو انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وان اقر انه باعه متاعا الى
اخره فانما عرفه بذلك ليعلم ان الحكم في المتاع حكم العبد قوله وبه لا يتاكد الوجوب اي
بمجرد وجوب السبب وهو البيع لا يتاكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل
قبض المبيع في حيز التردد لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه
يتاكد بالقبض والمدعي يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله
فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جوابه وقوله وبه لا يتاكد الوجوب لا يصلح لذلك
ولذلك قوله فيكون لوجود الفاء لعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب
فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك ويمكن ان يقال جوابه
محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتاكد لكنه يتاكد بالقبض
كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له ولو قال ابتعت منه وفي بعض النسخ ابتعته

بيعًا او مبيعًا وفي بعضها عينًا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض
بخلاف وجوب الثمن لجواز ان يوجد البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط فلا يكون الاقرار بوجوب الثمن
قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ولو قال له الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره
عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع لانه اقر بوجوب الالف ثم زعم انه
لم يكن واجبًا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعًا وقالا اذا وصل لم يلزمه شيء لانه بين
باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر مما يجري فيه الشح والضنة وتداعيا الى الفسقة شراؤها واداء
ثمنها فيحتمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان اخر كلامه بيانًا مغيرًا فصح موصولًا فصار كما اذا قال في
اخره ان شاء الله واجاب بان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له والتعليق بين اهل اللسان متعارف
كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال لا من صيغة التعليق لا يلزم حكم
الارسال وهذا ابطال لانه لا ابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولًا ومفصولًا ولو قال له
علي الف من ثمن متاع او قال اقرضني الفا ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد
عند ابي حنيفة وقالا ان قال ذلك موصولًا صدق وان قال مفصولًا لا وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة
او رصاص لكن على اخر قولي ابي يوسف فانه في رواية عنه لا يصدق وان وصل وعلى هذا اذا قال
الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال له علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير
لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف الى الجياد لكنه يحتمل الزيوف حقيقة حتى لو تجوز به في الصرف والسلم
كان استيفاء لا استبدالا والستوقة مجازا لانها تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام
على عجزه فاذا ذكرها اخرا كان بيانا تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا انها
وزن خمسة ولابي حنيفة ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب
فلم يكن داخلا تحت العقد لا يكون دعواه بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه فصار كما اذا قال بعتكه
معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري لما بينا انه مطلق العقد يقتضي السلامة والستوقة
ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن فلم يكن من محتملات العقد فكان دعواها رجوعا وقوله
وقوله الا انها وزن خمسة جواب عما استشهدا به وجهه انه ليس مما نحن فيه لانه يصلح ان يكون
لانه معيار لا خلاف الجودة فانها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فان قيل
قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة ضد الجودة فهما
صفتان يتعاقبان على موضع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فانه قيل فالجودة كذلك لانهما
مرادهما ضدان دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة في الحنطة متنوعة فالرداءة لا عيب وفي الدراهم عيب لان
العيب ما يخلو عنه اصل الخلقة السليمة والحنطة قد تكون ردية في اصل الخلقة واذا كان نوعا لم
يكن مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين انها
جيدة او وسط او ردية فليس في بيانه تغيير موجب اول كلامه فصح موصولا كان او مفصولا وعن
ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا
على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب وجه
الظاهر ان التعامل بالجياد والجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف الى المتعارف والمراد بالاصول الجامع
والزيادات والمبسوط لو يعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات
بغير ظاهر الرواية ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يبين الجهة قال الفقيه ابو جعفر لم يذكرها
في الاصول وعن المشايخ من قال يصدق بالاجماع اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها فلم يدل ما يصرفها

الى الجياد

الى الجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف لا يصدق عنه مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها
مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار كما لو بين سببه تجارة سواء ولو قال اغتصبت منه
الفا او قال اودعني الفا ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع
ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها فلا يختص قال التعامل
فيه بالجياد كما مر فيكون بيان النوع فيصح وان كان مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي
حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيوف رجوعا فلا يقبل اصلا كما لا يقبل متى ان
يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة ان الزيافة في
الدراهم عيب ويمكن ان يجاب عنه بانا قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من
حيث الخلقة فيكون متنوعا اليه كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز ان يكون متنوعا وعيبا
والتمييز بين ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا
كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضت تقيدت بها فلا يمكن ان تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنها
تنافيها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتض كانتا نوعين لمطلق الدراهم
لاحتماله اياهما احتمال الجنس للانواع هكذا والله اعلم بالصواب قوله ولهذا ولاجل ان لا مقتضى له في
الجياد لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له لان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض
فالقول للقابض ضمينا كان او امينا وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض
اذ الموجب للضمان فيها هو القبض وهو موجود فيهما ولو اقر بالغصب والوديعة ثم قال هي
ستوقة او رصاص موصولا صدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم كما مر لكن الاسم يتناوله
مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل ولو قال في هذا كله يعني المذكور من البيع والقرض الغا
الا انه ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء المقدار وقد تقدم بيانه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع
الكلام فهو وصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في اخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع
ذلك بنفس واحد فكان معفوا لعدم الاحتراز عنه قال ومن اقر بغصب ثوب هذا قد تقدم وجه الفصل
لا يعتبر بالتسليم قوله ومن قال لاخر اخذت منك الف درهم المقر اما ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله
اخذت وشبهه او على فعل غيره كاعطيت فان كان الاول اقر بما لا يوجب الضمان كقوله اخذت
وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على ان الاخذ باذن كالقرض فالقول
للمقر له مع يمينه وان ادعى غصبا ضمن المقر لانهما في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بلا اذن والمقر له
يدعي خروجه ضمن للمقر له فكان القول قوله بخلاف الثانية فان كان الثاني كان يقول اعطيتني وديعة
وادعى الاخر غصبا لم يضمن والفرق انه في الاول اقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وانكر الخصم فكان
القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله فان قيل الاعطاء
والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية سلمناه لكنه ضروري فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان
وكلامه ظاهر قوله القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب يعني اذا لم يكن ذلك معروفا للمقر اما اذا كان
كان القول قول المقر في قولهم جميعا لان اليد فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون محتجا ليدعيه لغيره سبب
الاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احترازا عن قول بعضهم ان القول هاهنا قول المقر بالاجماع ويكون ذلك
دليلا لابي حنيفة وقوله وجه القياس ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد ثم ادعى استحقاقها
عليه وهو ينكر والقول للمنكر وقوله فيكون القول قوله في كيفية ثبوت اليد لانه طريق كان كما لو قال
ملكت عبدك هذا الا انه لم اقبض الثمن يحق الحبس كان القول قوله فان زعم الاخر خلافه وقوله وقد يكون

عن صنعه كالقطع فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح والقت
ثوبا في دار انسان وقوله للشرح مدار الفرق اشارة الى الرد على الامام العتري فيما ذكر ان الفرق انما هي
في مسئلة الوديعة لانه قال اقبضها اخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وكذا في الاجارة واختيها اي
العارية والاسكان فردها على نكاية للافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وكذا قال في شروح الجامع الصغير
هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار بلفظ الاخذ في الاجارة واختيها ايضا وانما الفرق
الصحيح ما ذكر في الكتاب وبيانه الذي ذكر في الاجارة واختيها اي العارية والاسكان فرعنها على نكاية
الافتراق في الحكم لافتراق الموضع وكذا قال في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر
في كتاب الاقرار بلفظ الاخذ في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت
لي واقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى
بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض
مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملكه ما اقر بقبضه بما يدعيه
من الدين مقاصة والآخر ينكر وما هاهنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى
فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقدم والتاخر الواقع
في كلام المصنف بحسن التدبير ان شاء الله وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح والله تعالى اعلم

باب اقرار المريض

افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة
قال واذا اقر المريض في مرض موته اذا امرض المريض ولزمته ديون حال مرضه باسباب معلومة
مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة واقر في مرضه بديون غير
معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون المقر بها وقال الشافعي
دين الصحة ودين المرض سواء كان بسبب معلوم او لا يستويا ولا يستويا تشبيها وهو الاقرار الصادر
عن الاهل لو الغرض فيه المضاف الى محله وهي الذمة القابلة للحقوق فصار كما نشاء تصرفا يعة
او منا كحة وانما تعرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار عن
الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه قلنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق
الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة
الا اذا كانت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين وفي هذا التوضيح جواب عما
ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرض فانه لو كانا مستويين لما منع من التبرع والمحاباة
في حال المرض كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق بقية
الورثة اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى اخرهما وجودا
وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت قوله بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي
من انشاء النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية اجيب بانه في امثل الوضع من مصالح

المعيشة والعين لا اصل الوضع لا الى اركان الحال لا يتوقف قوله وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة
بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق
حق الغرماء بما له المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير معتبر
كما مر اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير فلم يحتج
الى تعلق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا
عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول
بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك اجاب بقوله وحالات المرض حالة واحدة يعني اوله واخره
بعد اتصال الموت به حالة واحدة لانه حالة الحجر فكانه بمنزلة واحدة اخر بخلاف حالتي الصحة فتعين
الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حال الاطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان
فيمتنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في اول المرض عن
الاقرار في حق آخر وهذا الدليل افاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام
في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها
اذ المعاين لا مرد له فتقدم على المقر به ويصير مثل دين الصحة لا تقدم احدهما على الآخر لانه
من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره قال ولو اقر بعين في يده لآخر
لم يصح الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه بجامعة عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين ولا
يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض سواء كانوا غرماء الصحة او المرض او مختلطين
لان في ذلك ابطال حق الباقين فلا يصح فان فعل ذلك لم تسلم المقبوض القابض بل يكون بين الغرماء
بالحصص عندنا وقال الشافعي يسلم له وذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف
ان لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر
لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف ان لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف
على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره قوله الا اذا قضى ما
استقرض استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه
او نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة او بالمعاينة جاز وسلم المقبوض القابض لا يشاركه
غيره لانه لم يبطل حق الغرماء فانما حوله من محل الى محل يعدله ارأيت لو رد ما استقرضه بعينه او
فسخ البيع ورد المبيع كان يمتنع سلامته للراد وعليه بحق غرماء الصحة فكذلك اذا رد بدله لان
حكم البدل حكم المبدل فاذا قضيت الديون المتقدمة بنوعيها وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة
المرض لان الاقرار في ذاته صحيح يحمل على الصدق في حقه جهة عليه وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم
يبق لهم حق ظهرت صحته واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره وان كان بكل المال لعدم تضمنه
ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك في
جميع تركته فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث بقوله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير وذلك
ابوحي من قول عمر اجيب بان ذلك في الوصية وما في معناها والاقرار للاجنبي ليس من ذلك كما
سيأتي ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لان فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط
الفراغ عن الحاجة ولهذا تقدم تجهيزه وتكفينه ولو اقر المريض لوارثه لا يصح واقرار المريض لوارثه
باطل سواء اقر بعين او بدين الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهار حق
ثابت لترجح جانب الصدق فيه لدلالة الحال والمريض ممنوع عن ذلك الكونه شغلا في رقبته

ومنها كاقرار الاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث كما اذا اودع اباه الف درهم بمعاينة
الشهود فلما حضر الوفاة الاب قال استهلكتها ومات وانكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف
من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض انما يرد للتهمة ولا تهمة هنا الا ترى انه لو كذبناه
فمات وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات مجهلا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث
ولا اقرار له بالدين وهو نص في الباب لكن نص الائمة قالوا هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول
ابن عمر رضي الله عنه واراد به ما روي عنه اذا اقر الرجل بدين في مرضه لرجل غير وارث فانه جائز
وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه اخذ
علماؤنا لان قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ولانه حق الورثة تعلق بماله في مرضه
ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين الا ان هذا التعلق لم
يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حال الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن
المعاملة معه فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يتعاملون مع الاجنبي يتعاملون
مع الوارث اجاب بقوله وقلما تقع المعاملة مع الوارث لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث
لانه يستحي من المكاسبة معه فلا يحصل الربح وكذا الظاهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا
وهو السؤال المذكور بيانا ان في هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح
الاقرار قال واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بيناه ان قضاء الدين
من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان
فان القياس لا يقتضي جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا انا قلنا لما صح
اقراره في الثلث الباقي ثم وصح باقي على الكل فانه قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله فصح له
التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ما صح له التصرف
بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان تنفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان
يأتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فكلما اقر بدين انتقل محل التصرف
الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بمحل تصرف المريض وصية بل الثلث محلها اول مرة لا
فافترقا قال ومن اقر لاجنبي الى آخره المقر له اما ان لا يكون وارثا للمريض او يكون والوارث اما
متهم او غير متهم وغير المتهم اما ان يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت كالمحجوب ونحوه
واما ان يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الاقرار واما ان يكون سببه الارث مما يستند الى
وقت العلوق اولا واما ان يكون اعني غير المتهم وارثا في الحالين غير وارث بينهما كما ذكر ثمانية
اوجه ففيما لم يكن وارثا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا متهما لا يصح بالاجماع وفيما
كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان لا بتعا محجوبا كما اذا اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد
له ولد او اسلم الولد الكافر او اعتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان الوراثة بالموت فاذا
لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلثا بامرها وقد اقر
لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود التهمة والايثار لقيام العدة فلعله استعجل
ميراثها وباب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا
تهمة في الاقل فيثبت وفيما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان بسبب كما اذا اقر لاخيه
وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر اعتبارا لحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد
حصل لغير وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بالموت

البعض به ابطال حق الباقين ونترك اورثنا بالاقرار لوارث آخر وما اجبنا عنه ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها يورث تخصيصه والقرابة يمنع عن ذلك لانها سبب تعلق حق الاقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص ... تمهيد الامر ليستوي بينهما واصلاحهما صحح

كان له التصرف في الثلث الباقي بلا ان الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ الاقرار في الثلث صح

الحاجب

الحاجب وراثته فبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان
لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه فيبطل اقراره وان لم
يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان بالمستند يتبين كون الاقرار
للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته
ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند ابي يوسف وجاز عند محمد
وهو القياس لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبل فيجعل النسب مستندا كما اذا
اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول ابي يوسف وهو الاستحسان
لان الاقرار للوارث باطل للتهمة الايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار الا ان
التهمة لم تكن متقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار والله تعالى اعلم

ثبت اقراره بالنسب صح

وحدث التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في توفير صفة الوراثة عند الاقرار صح

فصل في الاقرار بالنسب

ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته ولصحة الاقرار بالولد
بثلاث شرائط ان يكون يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وان لا يكون الولد
ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته لغيره وان يصدق المقر في اقراره اذا كان يعبر
عن نفسه لانه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى
النسب ولا يمتنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة
ليس فيه تحميله على الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال
ويجوز اقرار الرجل بالوالدين هذا بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل
بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل جائز سواء
كان اقراره بهم في حال الصحة او المرض لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب
على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة
اقراره بالام لصحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج
الدين المصنف رحمه الله المذكور في المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي
ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية
والله اعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المرأة بالوالدين
والزوج والمولى لما بينا انه اقرت بما يلزمها الى آخره وقال في المبسوط واقرار المرأة يصح
بثلاثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة والامر في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد
لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم
وعليه الاجماع الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد القابلة بالولادة اذ الغرض
ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق قوله
وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت

ذكرنا

ذات زوج وأما إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق هو لأن المرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وأن لا يكون أختها تحت المقر ولا أربع سواها ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لأنه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق لأن حكم النكاح باق وهو العدة فإنها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح ألا ترى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لأن الإرث من أحكام النكاح وهو يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار ومعناه أن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للإرث فلا يمكن أن يثبت بالإرث وللقائل أن يقول يعارض لا يصح التصديق على اعتبار العدة لأنها معدومة حالة الإقرار وإنما يثبت بعد الموت فالتصديق استند إلى أول الإقرار وينتقض بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع فجاز أن يعتبر النكاح المقارن قائما باعتبارها فكذا المقر به وأما الإرث فليس بلازم له لجواز أن يكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره

قال ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد مثل الأخ والعم لم يقبل في النسب لأن فيه حمل النسب على الغير فالمباح للإرث فأما أن يكون له وارث معروف قريبا كان كذوي الفروض والعصبات مطلقا أو بعيدا كذوي الأرحام أو لا يكون فإن كان فهو أولى بالميراث من المقر له لأنه لما أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده والأول إقرار على غيره وهو غير مشروع والثاني على نفسه وهو مشروع لأن له التصرف في ماله لنفسه عند عدم الغير والوارث حتى لو أوصى بجميعه استحقه الموصى له وبقيته كالدين لا يحتاج إلى بيان قال ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسبه على ما ذكرنا أن الإقرار على نفسه صحيح فيشاركه في الإرث وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عند أبي حنيفة وإذا كان المقر أحد ابنين لم يثبت النسب بنصف والمقر له يشارك المقر في الإرث بناء على ما مر من الأصل أن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير والإشراك في ماله ولا ولاية له في الأول فلم يثبت وله ذلك في الثاني فيثبت قال أبو حنيفة رحمه الله إذا أقر أحد الابنين بأخ ثالث وكذبه أخوه المعروف فيه أعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن أبي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لأن المقر أقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ في حصته ويبطل في حصة الأخ ولأبي حنيفة أن في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بجحده ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالتسوية قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الإقرار على نفسه وعلى غيره وهو الأخ والميت فيصح على نفسه فلا يصح عليهما ويحلف الأخ بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة ويقبض خمسين من الغريم لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون على ما عرف أن الديون تقضى بأمثالها وإقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن أبي ليلى لما ذكرنا آنفا وعورض بأن صرف إقراره إلى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب أن قسمة الدين إنما تكون بعد وجود الدين وإذا أقر المقر بقبض

الخمسين قبل الوراثة لم يبق على زعمه من الدين إلا الخمسون فلم يتحقق القسمة فإن قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فإن في زعمه أن المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر فيصرف المقر به إلى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجاب بعض الشارحين بأنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة لأنه يلزم الدور وذلك لأنه لو رجع المقر على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه أن أباه لم يقبض شيئا ولأن تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع لتمام حقه ويرجع الغريم على المقر لإقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي إلى الدور ولقائل أن يقول إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان في زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لأن المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه

كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا نعيده وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه وقد بيناه في التقرير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسيأتي تفصيل له وركنه الإيجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الأول لأنه كطلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكرا كان الخصم أو مقرا ووقوع البراءة في المصالح عنه إذا كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره إن كان مقرا وإن كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك أولا وأنواعه بسبب أحوال المدعى عليه ما هو المذكور في الكتاب ويحسن لكل أين على القسمة العقلية على ما نذكر وجوازه ثابت بالكتاب والسنة

قال الصلح على ثلاثة أضرب الحصر على هذه الأنواع ضروري لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والإثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لأنه سفساف لا يعد لنا مجيبا وكل ذلك جائز لقوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولأنه ذكر التعليل إلى أن لا جناح عليهما أن يصالحا لأن الصلح جائز فكان عاما ولأنه وقع قوله أن يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله والصلح خير كان في الحال فلم يكن إياه بل جنسه

فان قيل تعليلنا ولكن مرجعه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فينصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه ولقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لانه صلح احل حراما او حرم حلالا وذلك لانه حرام غير مشروع بالحديث المروي لان المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة فهذه رشوة وهي حرام ولهذا لما علمنا من قوله تعالى والصلح خير ولما روينا من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين وقال وبه احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة او لا تشترى والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل الصلح على الاقرار خاصة لكان كل صلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على اقل من الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقضى بجوازه لوجود المقتضي وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة الدافع او من جهة الآخذ وليس شيء منهما بموجود اما الثاني فلان المدعي يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع واما الاول فلان المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا مشروع اذ المال وقاية الانفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة امر جائز فان قال لا نسلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ليحصل به امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي احد الورثة عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع وتمامه في احكام القرآن للرازي فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على آخر الف درهم وهو ينكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز اجيب بان عدم جوازه بناء على زعم المدعي الذي زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس قال فان وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين فتجري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة المصالح عليه لانه يفضي الى المنازعة وهذا التفريع على الاطلاق بل فيه تفصيل يحتاج الى تحكيم وهو ان الصلح باعتبار بدليه اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما ان يكون عن مجهول على مجهول فانه يحتاج فيه الى التسليم والتسلم مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج اليه وقد اصطلحا على ان يدفع احدهما مالا على ان يترك الآخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى دارا في يد رجل لم يسمه فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه جاز واما ان يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم

والتسليم

والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان العقد يرد على تسليم البدل بشرط لكونه في معنى البيع وان كان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال ابدا او حتى يموت لا يجوز فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط التوقيت فيها وتبطل الصلح بموت احدهما في المدة كالاجارة واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وانقطاع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا ان المدعي يأخذه عوضا في زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف باخرى تقابلها اجاب بقوله ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحل في حق امرأته والتحريم المؤبد في امها وهذا اي كونه لافتداء اليمين وقطع الخصومة في الانكار ظاهر واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك مع ان حمله على الانكار اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل قال واذا صالح عن دار عن انكار او سكوت لا يجب فيها الشفعة لانه يأخذها اي المدعى عليه فيستبقي الدار على ملكه لانه لا يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرء يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دار لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه على المدعي بحصة المستحق من العوض لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك وان صالح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر انه لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه دفع المال الى الكفيل على ظن من دفعه الى رب الدين ثم ادى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونوقض بما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح واخذ الدار ثم استحقت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال في يده غير مشتمل على عوض الدافع وقطع الخصومة واجيب بان المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع واما المدعي فهو في حيز في دعواه فكان الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق في يده واما رد الحصة فلخلو العوض في هذا القدر عن غرض المدعى عليه ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع وان استحق بعضه رجع بحصته اعتبارا للبعض بالكل وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى هذا اذا لم يجر لفظ البيع في الصلح اما اذا جرى كما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه

مطلب الهبة بشرط العوض بيع والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وقطع الخصومة

الدار ثم استحقت فان المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه
على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولو كان ذلك
الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم الى المدعي فالجواب فيه كالجواب
في الاستحقاق في الفصلين اي في فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك
الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى قال وان ادعى حقا في دار هذه المسئلة
قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها
كيف من بيوتها بعينها لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي و
تقبل بينته لانه استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده
وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه لا يسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية
ووجهه ان الابراء لا يتعلق عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك
عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم تسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان
الصلح اذا وقع على بيت معلوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو على سكنى بيت
معين من غيرها لكونه اجارة حتى شرط كون المدة معلومة ولو اراد المدعي ان يدعي البقية
لم يكن له ذلك لوصوله لكل حقه اليه باعتبار بدله عينا او منفعة قال المصنف والوجه
فيه اي الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد امرين ان يزيد درهما في بدل
الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل ان يقول
برئت من دعواي في هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى
لو ادعى بعد ذلك وطلب بينة لم يقبل وفي ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى انه لو قال
ابرأتك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار كان باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك والفرق
بينهما ان ابرأتك انما يكون ابراء عن الضمان لا عن الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى
كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات في
تعليل هذه المسئلة لان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب الواحد فله ان
يخاصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريا
ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير
المخاطب وهو ظاهر **فصل** لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر انواعه شرع
في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قال والصلح جائز عن دعوى الاموال لان الاصل في هذا
الفصل يجب حمله على اقرب العقود اليه احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان
عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر واذا كان عن المنافع بمال كما اذا اوصى بسكنى داره
فمات وادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة على شيء كان في معنى الاجارة لان المنافع تملك
بعقد الاجارة فكذا بالصلح واذا صالح عن جناية العمد والخطا صح اما الاول فلقوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شيء ووجه الاستدلال على احد معنييه وهو قول ابن عباس والحسن
والضحاك فمن اعطي في سهولة من اخيه المقتول شيء من المال بطريق الصلح فاتباع اي فليتبع
القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف اي على مجاملة وحسن معاملة واداء اي على المصالح
اداء ذلك الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية
القتل العمد واما المعنى الاخر وهو مروي عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فمن عفي عنه

وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفي
بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف
اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة
واداء اليه باحسان اي فليؤد القاتل اليهم اي الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل
على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس انها نزلت في الصلح كذا وقوله وهو بمنزلة النكاح
اشارة الى الفرق بعقد تحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه في معنى النكاح من حيث ان كلا
منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي فاذا
كان في معناه فما صلح ان يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صالحه على سكنى دار او خدمة
عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح وان صالح على الف ابدا
لم تجز لانه لم يصلح صداقا لجهالته فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو
ملتزم الا ترى ان الصلح عن القتل العمد على اقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صداقا وانه
اذا صالح على ان يعفو من عليه عن قصاص له على اخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص
صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح
في القصاص ليس كذلك فيكتفي بكون العوض فيه متقوما حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز
ان يقع عوضا عن قصاص اخر وقوله الا عند فساد التسمية استثناء من قوله انما صلح مسمى
فيه صلح ههنا بمعنى لكن اي لكن اذا فسد التسمية بجهالة فاحشة او بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق
بينهما فان كان الاول كما اذا صالح على دابة او ثوب غير معين يصار الى الدية لان الولي
ما رضي بسقوط حقه مجانا بل الى بدل لما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان
بدل الصلح لا يتحمله العاقلة لوجوبه بعقده وان كان الثاني كما لو صالح على خمر فانه لا يجب
عليه شيء لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سيان ولو سكت بقي العفو
مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين اي في فصل
تسمية المال المجهول وفصل الخمر لانه الموجب الاصلي في النكاح ويجب مع السكوت عنه حكما
قال الله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وموضعه اصول الفقه وتحقيقه ان
المهر من ضرورات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا لان يسمى
مهرا ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا ههنا واما الصلح فليس من ضروراته وجوب
المال فانه لو عفي بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب ان الصلح
عما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصح ان وجوبه ليس من ضروراته وتحقيقه في الخلافيات جواب
الكتاب وهو قوله ويصح عن جناية العمد الجناية في النفس وما دونها وهذا اي الصلح عن
جناية العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق التملك
وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك فاخذ البدل اخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في
المحل وذلك رشوة حرام اما القصاص فانه ملك المحل فيه ثابت من حيث تعلق القصاص
فكان اخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا واذا لم يصح الصلح بطل الشفعة لانه
يبطل بالاعراض والسكوت وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازا عن الصلح على اخذ بيت
بعينه من الدار بحصته من الثمن فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من
الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه

الاعراض عن الاخذ بالشفعة بخلاف الصلح عن الكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة يعني اذا كفل عن
نفس رجل فجاء المكفول له وصالح الكفيل على شيء من المال على ان يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل
عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال لغيره ان في بطلان الكفالة روايتين في رواية كتاب
الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية ابي حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف
على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية ابي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس
لم تكن موصلة الى المال فاخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضي ان يسقط حقه بعوض
لم يسقط مجانا واما الثاني وهو جناية الخطأ فلانه موجب المال فيصح بمنزلة البيع ثم الصلح
فيه اما ان يكون على احد مقادير الدية او لا والاول لا يخلو اما ان يكون منفردا او متضمنا الى
الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية
اي لتبين فيه تقدير شرعي كانت الزيادة ابطالا له بل القصاص لشبهة لكان الواجب لا
يقابله مال ولكنه اشبه النكاح في تقومه في العقد فجاز باي مقدار تراضيا عليه كالتسمية
في النكاح وان كان منضما الى العمد كما اذا قتل عمدا وآخر خطأ ثم صالح اولياؤهما على اكثر من
ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي لصاحب العمد كمن عليه لرجل مائة دينار
ولآخر الف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الالف الف والباقي لصاحب
الدنانير والثاني كما اذا صالح على مكيل او موزون جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة
بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين بدل الصلح والمقضي
القاضي باحد مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من
مائتين بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل
فكانت بما يعطي عوضا عن الواجب فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيهما
على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي باحد المقادير فزاد على
مقدار الدية لم يجز فكذا هذا قال ولا يجوز من دعوى حد لانه حق الله تعالى والاعتياض عن حق
الغير لا يجوز فاذا اخذ رجل زانيا او سارقا او شارب خمر واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه
المأخوذ على مال لم يرفعه فان الصلح باطل وله ان يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد
حق الله والاعتياض بحق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال واذا ادعت امرأة على رجل
صبيا هو بيدها انه ابنه منها وجحد الرجل ولم يدع النكاح وقالت انه طلقها او بانت منه
بعد فقالت الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز
الاعتياض عنه واذا اشرع رجل الى الطريق العامة فصالحه رجل من العامة على مال لا يجوز لانه
حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا
كانت على طريق غير نافذ فصالح رجل من اهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوك لاهله
فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوسل به الى تحصيل رضى الباقين
وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم ليترك الظلة جاز
اذا كان في ذلك صلاح المسلمين ويضعها في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة
العامة جائز ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح وحد القذف داخل في جواب الحدود لان
المغلب فيه حق الشرع ولهذا لا يجوز العفو عنه ولا يورث بخلاف القصاص قال واذا ادعى رجل على
امرأة نكاحا هذا بناء على الاصل ان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه شبها واذا ادعت

النكاح

النكاح فصالحته على مال بذلته ان يمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع
الشغب والوطء الحرام في جانبها فان اقام على الزوج بينة بعد الصلح لم يقبل لان ما جرى كان خلعا في زعمه
ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما اخذ بينه وبين الله تعالى وهذا
عام في جميع انواع الصلح الا ان يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه
المسألة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في
ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الاول ان يجعل كان الزوج اعطاها بدل الصلح زاد
على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني انه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة
فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال كما كان عليه قبل الدعوى
لان الفرقة لما لم توجب كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن مقابله العوض فكان
رشوة واذا ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فان اقرب العقود اليه شبها
العتق على مال فيجعل بمنزلة الاعتاق تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح على حيوان الى اجل
في الذمة ولا يخفى ذلك الا مما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان
ويجعل في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا يثبت الولاء لانكار
العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء صالحه بعد كونه عبدا له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق
على مال وفيه الولاء واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم يجز سواء كان عليه دين
او لا وان قتل عبد له اي للعبد المأذون له رجلا فصالح جاز سواء كان عليه دين او لا والفرق ان
رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف بيعا وان جاز اجارة فلا يجوز ان يستخلص
رقبته بمال المولى فصار كالاجنبي اي صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي
اذا صالح من مال المولى بلا امره لا يجوز فكذا هاهنا واما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه
نافذ فكذا استخلاصه وتحقيق هذا ان المستحق كالزائل عن ملكه فصار كانه خلوص المولى
ولهذا كان له ان يقتله وهذا اي الصلح كاسترداده وهو جائز كذلك بخلاف نفسه فاذا زال الحق
ملك المولى لا يمكنه شراؤه فكذا لا يمكنه الصلح فان قيل طولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا فصالح
عن نفسه جاز واجيب بان المكاتب حر يدا واكتسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه وكسبه
لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه
فقد عفا عنه بذلك فصح العفو ولم يجب البدل لحق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن
نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كانه صالحه على بدل مؤجل فيؤاخذ به بعد
العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتل ولا ان يتبعه بشيء ما لم يعتق فكذا هنا قال
ومن غصب ثوبا يهوديا قوم من اهل الكتاب ينسب اليهم الثوب فقال الثوب يهودي وانما خصه
بالذكر لتخرج الى كونه معلوم القيمة فكل قيمي معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب ثوبا
معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على اكثر منها من النقود جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز
الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه وقيد بالغصب لانه الاحتياج الى العلم بالقيمة وقيد بالقيمي احترازا
عن المثلي فان الصلح عن كر حنطة على دراهم او دنانير جائز بالاجماع سواء كانت اكثر من قيمته او اقل لكن القبض
شرط وان كانت باعيانهما لئلا يلزم الكالي بالكالي وقيد بكونه معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع
من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاجماع بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف في الذمة في قيمته
قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب حقيقة الا لانه قائما

وتقويما ان لم يكن عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فقالا ان الواجب هي القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليهما ربا لا يتغابن الناس فيه كان ربا الحاكي ما اذا صالح على عوض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وعلى ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة ولابي حنيفة طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان ابقا فعاد بعد اباقه كان مملوكا له واذا كان كذلك كان المال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب او العبد لا ربا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما والثاني ان الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده فهو الاصل في الغصب وانما تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين فكان ذلك ضرورة لا يصار اليه الا عند العجز فاذا صالح على شيء كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل لكونه ربا وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار بها الى القيمة الا اذا انقطع المثلي فحينئذ يصار اليها ويمكن ان يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان المثلي اذا انقطع حكمه كذلك لا ينتقل حقه الى القيمة الا بالقضا فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا … بعد القضا لان الحق قد انتقل الى القيمة ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب لجاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع وبما لو صالح من الدية على اكثر من عشرة الاف لم يجز واجيب بان المغصوب المستهلك لا يوقف على اثره فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صالحه على ذلك حالا لجاز وبان البدل انما هو في مقابلة الدية لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول وعورض دليل ابي حنيفة بانه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك او الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم لجاز لان البيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه تمليكا بما ليس متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطا وتصحيحه لا يقتضي قيام مال متقوم حقيقة قوله واذا كان العبد بين رجلين اي كونه ظاهر والمراد بالتقويم في الحديث قوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه قوله نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا ويسعى العبد والله اعلم بالصواب

مطلب والدين بالدين حرام

باب التبرع بالصلح

والتوكيل به لما كان تبرع المرء بنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان في التبرع لغيره متبرع قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه اي عن وكلا في رواية المصنف وروي عنه ما صالح عليه وهو المصالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل اي على الموكل في قوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها اي علمها وهذا كما نرى يدل بظاهره على ان الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف وما قيل هذا

المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه الا ان يضمنه لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل وذكر في شرح الطحاوي والتحفة على اطلاق جواب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه انه لا بد لنا من تاويل المسئلة من قيد اخر وهو ان يكون الصلح على الانكار فان كان لا يجب على الوكيل شيء وان كان فيها لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز مع الاجنبي جوازه مع الخصم قال وان صالح عنه رجل بغير امره فان صالح رجل عنه فهو على اربعة اوجه ووجه ذلك ان الفضولي ليعقد الصلح على مال اما ان يقرن بذكر المال ضمانه نفسه او لا فالاول هو الوجه الاول والثاني اما ان اضاف المال الى نفسه او لا فالاول هو الوجه الثاني والثاني اما ان يسلم المال المذكور او لا فالاول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع لكن يرد وجهان اخران وهو ان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة اما معرفا ومنكرا وكل منهما اما ان قرن التسليم او لم يقرن وقد ذكر وجها حكم المنكر وبقي وجها حكم المعرف ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه اخر اما وجه الاول فانما اذا صالح وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة انه في حقه بطريق الاسقاط وفي حق المرأة الاجنبي والخصم سواء لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص باحدهما ان يكون اصيلا في هذا الضمان اذا اضافه الى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعى عليه لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى اي لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان المدعى عليه مقرا وانما يكون ذلك للذي في يده بعين في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شيء اي يثبت له بعد ذلك ولا فرق في هذا اي في ان المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعمه لا شيء عليه وزعم المدعي لا يتعدى عليه

واما اذا كان مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعمه لا شيء عليه وزعم المدعي لا يدعي عليه

واما اذا كان مقرا فالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشتريا ما في ذمته بما ادى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير امره لان شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان في يد غيره ووجه الوجوه الباقية مذكورة في المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على الف ينفذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على الف درهم من دعواك على فلان فانه حينئذ تتوقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز وان رده بطل وهذا وجه اخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

في المعاوضات

باب الصلح في الدين

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوي ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص ابدا يكون

على المدعى

بعد العموم قال وكل شيء وقع عليه الصلح اي الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعي عليه بعقد المداينة
لم يحمل الصلح على المعاوضة بل على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقي وقيد بعقد المداينة وان كان الحكم
في الغصب كذلك لان حملا لامر المسلم على الصلاح فمن له على آخر الف درهم جياد حالة من ثمن متاع باعه
فصالحه على خمسمائة وكمن له على اخر الف درهم كذلك فصالحه على خمسمائة وكمن له على اخر الف درهم
كذلك فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه
لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة
في الثانية ولو صالح منها على الف موجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على
التاخير فتعين جعله معاوضة اذا التصرف في الدين في مسائل الصلح لا يخرج عن احد هذين الوجهين
وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز وكذا اذا كان له الف موجلة فصالحه على خمسمائة
حالة فانه لا يمكن حمله على الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاء واستيفاء
لبعض حقه وهو خير من النسيئة لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين
وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام روي ان رجلا سال ابن عمر رضي
الله عنهما عن ذلك ثم ساله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربوا وهذا لان حرمة ربوا النساء لشبهة
الاكثمية مبادلة المال بالاجل فحقيقته ذلك اولى بذلك ولو كان له الف سود فصالحه على
خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز والاصل ان المستوفى اذا كان دون من حقه فهو استيفاء
كما في العكس وان كان ازيد قدرا او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة غير مستحقة له فلا يمكن جعله
استيفاء فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا فان قيل اذا كان له حقه
الف درهم بهرجة فصالحه على الف درهم جيدة تعذرت المال فهو من البهرجة وجاز الصلح والزيادة
موجودة اجاب بقوله بخلاف ما اذا صالحه على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل ولا
معتبر بالصفة الا انه يعتبر القبض في المجلس وحاصله ان الجودة اذا وقعت في مقابلة ما كان
ربوا كالمسئلة الاولى فانها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربوا واما اذا لم يقع وذلك صرف والجيد
والردي فيه سواء يدا بيد فلو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او
موجلة صح لانه امكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة ان كانت حالة واسقاطا لذلك
وتاجيلا للباقي ان كانت موجلة تصحيحا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم لان مبنى الصلح على
الحطيطة والحط هنا اكثر فيكون الاسقاط الزم من معنى المعاوضة قال ومن له على اخر الف
درهم حالة فقال ادِّ الي منها غدا خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء من الباقي فان
لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد الالف كما كان في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله لا يعود عليه لانه ابراء مطلق اذ الاشر فيه ما يتعلق الاجل بحسن به عوضا حيث ذكره
بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستغني كل واحد مما لم
يكن قبلها والاداء مستحق عليه ثم يستفد به شيئا لم يكن بحري وجود ادى وجوده جعل الاداء عوضا
مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالابراء ان قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف
على ان تؤدي غدا خمسمائة ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بالشرط يفوت بفواته اي عند
فواته فان قيل انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه يبقى بقاؤه على العدم
الاصلي وموضعه اصول الفقه وانما قلنا انه مقيد بالشرط لانه بدأ باداء خمسمائة في الغد وانه يصلح
عوضا حذرا عن افلاسه او توسلا الى تجارة اربح فيصلح ان يكون شرطا من حيث المعنى وكلمة على اذا كانت

للمعاوضة

للمعاوضة لكن يحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه فان فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان
بين العوضين وقد تعذر بالعوض العمل بمعنى المعاوضة فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكان
منهما فقوله يوجب العلة اي سلمنا انه لا يصلح ان يكون مقيدا بالعوض لكن لا نسلم في ان يكون مقيدا
بوجه آخر وهو الشرط قوله ولانه جواب ثان معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني انما حملت كلمة
على للشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف
بان يكون تحصيل البعض معلقا لا ابراء الباقي والمعروف عرفا كالمشروط شرعا فصار كما لو قال
ان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به جواب عما
يقال التعليق الابراء بالشرط مثل ان يقول لغريمه او كفيل اذا اديت او متى اديت او ان اديت الي
خمسمائة فانت بريء من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا
ووجهه انهما متغايران لفظا ومعنى اما لفظا فلان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط
صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك واما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية
ان يزول ان لم يوجد الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال بعرضية ان يثبت عند وجود الشرط
والفقه في ذلك ان في الابراء معنى الاسقاط ومعنى التمليك اما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في
الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر التمليكات وتعليق
الاسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة
لما فيه من شبهة القمار الحرام والابراء له شبه بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا
يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه
الاسقاط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني
انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى
لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل قوله وستخرج البداية بالابراء بعد الجواب
عما قال ابو يوسف كما اذا بدأ بالابراء واذا تاملت مما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه
الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه على خمسة ان رب الدين في تعليقه الابراء باداء البعض
لا يخلو اما ان بدأ بالاداء او لا فان بدأ به فلا يخلو اما ان يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا
عند عدم الوفاء بالشرط او لا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثاني وان لم
يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط او لا فان لم يبدأ فالوجه الرابع فان بدأ فهو الخامس
اما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظاهر مما تقدم والثالث وهو الموعود باستخراج
الجواب مبني على ان الثابت اولا لا يزول بالشك فاذا قدم الابراء حصل مطلقا ثم بذكر ما بعده
وقع الشك لانه ان كان عوضا فهو كما تقدم لم يزل به الاطلاق وان كان شرطا يتقيد به وزال الاطلاق
فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت اولا وفي عكسها عكس ذلك والرابع وجهه انه اذا لم يوقت الاداء
وقتا ظهر ان ذلك التعليق لم يكن لغرض لكونه واجبا في مطلق الازمان فلا يصلح ان يكون في معنى
الشرط لتحصل به التقييد فلم يبق الا جهة العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد
تقدم ان الابراء لا يحتمله فلا يكون صحيحا ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك علي حتى تؤخره عني او تحطه
ففعل اي اخر او حط جاز عليه اي نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في
الحال ان اخر او ابدا ان حط لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة او التحليف لا يقال هو مضطر فيه

اي على المديون

لانه ان لم يفعل لم يبق لان تصرف المضطر كتصرف غيره فان باع عينا بطعام فاكله لجوع قد اضطر به كان
بيعه نافذا ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ المقر بجميع المال في الحال

فصل في الدين المشترك

أخّر بيان حكم الدين المشترك يعني المفرد لان المركب يتلو المفرد قال واذا كان الدين بين الشريكين
فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء
اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم او شريكه
الى بعض واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما منه شيئا فلصاحبه ان يشاركه
في المقبوض وهو الدراهم والدنانير وغيرها لان الدين ازداد خيرا بالقبض اذ مالية الدين باعتبار
عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة
في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض
كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير اذن الآخر اجاب بقوله لكنه اي المقبوض قبل ان
يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدله
عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بانه الذي يكون
واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيد الصفقة بالوحدة
احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع احدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه
بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه
لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد الصك قال
صاحب النهاية ثم ينبغي ان لا يكتفي بقوله ان كان صفقة واحدة بل ينبغي ان يزاد على هذا ويقال اذا
كان صفقة ولكن يشترط ان يتساويا في قدر الثمن وصفته لانهما لو باعاه صفقة واحدة على ان
نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه
لان تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما
وكذلك لو اشترط احدهما ان يكون نصيبه خمسمائة بيضاء ونصيب الآخر خمسمائة سوداء لم يكن للآخر ان يشارك
قبضه لان التسمية تفرقت وتميز نصيب احدهما عن الآخر وصفا فلعل المصنف انما ترك ذلك لانه
شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته ولما فرغ من بيان الاصل قال اذا عرفنا هذا فنزل عليه مسائل
الكتاب هذا اذا كان صالح على شيء ولو اشترى بنصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا
من الاصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان
من الشركة قال ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين وليس
الشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة
بينهما الرحمة بشراء الثوب وبما كان له على الغريم كملا اي من غير حطيطة كاملا لان مبنى البيع على المماكسة

ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان مبناه على ذلك فلو الزمناه في الصلح دفع
ربع الدين الثابت تضرر فيتخير القابض كما ذكرنا من قوله الا ان يضمن له شريكه نحو ليس للشريك على
الثوب في صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب انه ملكه بعقده اما كان ببعض دين مشترك
وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض اجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين
يعني ان استيفاءه لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي
ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد لا تحققه
لا تأثير في ذلك لان النقود عينا كان او دينا لا يتعين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع
ما يتوهم من تهمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المقاصة فلا معتبر بها واما الصلح
فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء يقع المقاصة به فتعين ان يكون المأخوذ من الدين المشترك
فكان للشريك سبيل من المشاركة فيه وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح
عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم
باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشارك القابض في
الفصول الثلاثة لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم لما اذا مات الغريم مفلسا
فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على احد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فاقر
بذلك لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض لما علم ان آخر الدينين قضاء عن اولهما
اذا العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف
وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما على المديون
عشرون درهما فابرأ احد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت
بالعشرة ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف خلافا لهما قال صاحب النهاية مما ذكر من صورة
الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب من حيث ذكر قول محمد مع قول ابي يوسف وذلك سهو لجواز
ان يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع ابي حنيفة ابو يوسف اعتبر التأخير لكونه ابراء موقتا
بالابراء المطلق وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز
بعضه عن بعض ولقائل ان يقول بتأخير البعض هل يتميز احد النصيبين على الآخر اولا فان تميز بطل
قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا
والجواب عنه ان تأخير البعض فيه يستلزم التميز بذكر ما يوجبه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله
لامتياز احد النصيبين استلزام التأخير الامتياز لو كان فان قيل فقد جوزتم ابراء احدهما عن نصيبه وذلك
الابراء يوجب التمييز لكونه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة تقتضي وجود
النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء موجودا فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة امرا وجوديا لزم
ما ذكرتم وانما هي رفع الاشتراك او الاتحاد وما ثبتت قسمته وذلك عدمي فلا نسلم انها تقتضي
وجود النصيبين لانا نقول القسمة افراز احد النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر
وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات ولو غصب احدهما
عينا منه او اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض لان ضمان الهالك قصاص بقدره في الدين وهو
آخر الدينين فيصير قضاء للاول وكذا اذا استأجر من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فان لشريكه اتباعه
كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ما له حكم المال من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من
المنافع يجعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها وكذا الاجارة عنده خلافا لابي ... وصورته

ما اذا رجى النار على ثوب المديون فاحرقه وهو مثل ما في نصيب الحرق واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك الساكت ان يتبع الحرق بالاجماع لمحمد رحمه الله ان الاحراق اتلاف لمال المضمون فكان كالغاصب والمديون صار قابضا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل الحرق مقتضيا ولابي يوسف انه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا لا يقبل الشركة فانه علك به البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على احد فكان كالجناية وروى بشر عن ابي يوسف انه يرجع لان التزوج كان بالنصيب لفظا وهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمراة آخر الدينين فيصير قصاصا بالاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه بجناية العمد اتلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل اتلف نصيبه قيل وانما قيد بقوله عمدا لانه في الخطا يرجع عليه والحلف في الايضاح فقال ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح وادى انه قيل بذلك لان الارش قد تلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء قال وان كان السلم بين شريكين اذا اسلم رجلان رجلا في كر حنطة فصالح احدهما مع المسلم اليه على ان له ان ياخذ نصيبه من راس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا باجازة الآخر فان اجاز جاز وكان المقبوض من راس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يجز فالصلح باطل وقال ابو يوسف رحمه الله اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا وكما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه جاز مع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجهان احدهما انه لو جاز فاما ان اجاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه قوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس ابي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العين فانا اذا اخترنا فيه الشق الاول بمعنى التردد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف بقوله وهذا لان المسلم فيه يعني ان المسلم فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه والثاني انه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من راس المال لان الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وكان يسقط بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل الدين واخذه دون تقرير المبدل لا سقوطه بل انتقاضا ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد العقد قالوا اي المتاخرون من مشايخنا هذا الاختلاف بناء على ان انما هو اذا خلطا راس المال وعند اعتقاد السلم واما اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف ايضا وهو لا نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولا فرق بين ان يكون راس المال مخلوطا اوغير وقال الآخرون هو على الاتفاق في الجواز وهو لا نظروا الى الوجه الثاني وهو

قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك باعتبار مشاركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من راس المال ومنشا اختلاف المتاخرين في ان اختلاف المتقدمين في صورة خلط راس المال او على الاطلاق انه محمد ذكر الاختلاف في المبسوط مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط ان للآخر لا يشاركه فيما قبض المصالح في قول ابي يوسف ولم يذكر قول ابي حنيفة ومحمد فظن بعضهم ان تركه الذكر لاجل الاتفاق وقيل وكلهم بسند يدل ان الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطا ولم يخلطا

فصل في التخارج

التخارج من الخروج وهو ان يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تاخيره قلة وقوعه فانه قلما يرضى احد بان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضى غيره به وله شروط تذكر في اثناء الكلام وتصويرها المسئلة ذكرناه في مختصر الضوء والرسالة قال واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه او كثيرا وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود كان لجوازه شرط سنذكره وهذا لانه امكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير ولم يصح جعله ابراء لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح فان قيل لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالته تفسد البيع اجيب بان الجهالة المفضية الى النزاع يفسد البيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج الى التسليم فلا يفضي الى المنازعة وصار كمن اقر انه غصب من فلان شيئا واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلما مقداره وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه اثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربع وستين جزء واخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين الفا ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين الف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها في يده يكتفي بذلك القبض اي القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبض امانة او قبض ضمان ناب احدهما مناب الآخر واما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس واما اذا كان الذي في يده بقيتها مقرا فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على احد النقدين فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة فان كان مساويا لنصيبه او اقل او لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح

بهما ربا فلزيادة العروض وان كان ...

لوجود الربوا اما اذا كان اقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم وان كان مجهولا ففيه شبهة ذلك
فيعقد ربقصيه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء ايضا لما مر ولا بد من التقابض فيما يقابل
حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه او اقل
من الدراهم حالة التصادق اما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة الزوجية فصالحوها
على اقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليها حينئذ لقطع المنازعة ولا فداء
اليمين وليس في ذلك ربوا ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا قل او كثر وجد التقابض
في المجلس او لا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيف ما كان صرفا
للجنس الى خلافه كما في البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفا قال واذا كان في
التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عن الدين ويكون الدين لهم
فهو باطل في الدين والعين جميعا اما في الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين
وهو حصة المصالح مما في التركة فلاتحاد الصفقة والحيلة في الجواز ان تشترطوا على ان
يبرأ الغرماء منه ولا يرجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط او تمليك الدين ممن عليه
الدين وهو جائز او اخرى ان يجعلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية
الورثة اما في الوجه الاول فلان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني
لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة والاوجه ان
يقرضوا مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه ...
الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها
غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول الشيخ الامام
ظهير الدين المرغيناني بان كان في التركة مكيل او موزون وحصته من ذلك مثل بدل الصلح
او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر لاحتمال ان لا يكون في التركة مثل ذلك الجنس وان
كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل ففيه شبهة الشبهة والشبهة معتبرة
ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل او غيره
ذلك قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ لا يصح ان يكون ابراء لان الصلح عن الاعيان لا يجوز
واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الاصح لانها جهالة لا تفضي الى النزاع
لقيام المصالح عنه في يد بقيتهم فلا يحتاج الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض
التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره يجب ان لا يجوز لاحتياجه الى التسليم وان كان على الميت دين
فاما ان يكون مستغرقا او غيره ففي الاول لا يجوز الصلح ولا القسمة لان الوارث لم يملك التركة
وفي الثاني لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز واما
القسمة فقد قال الكرخي انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا ووجه الاستحسان ان الدين يمنع
ملك الوارث اذا ما كان مستغرقا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس
ان التركة لا تخلو عن قليل الدين
فيقسم نفيا للضرر عن الورثة

مطلب تمليك الدين ممن عليه الدين جائز

كتاب المضاربة

قد ذكرنا

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة والمضاربة مشتقة من الضرب
في الارض وسمي بها هذا العقد لان المضارب يسير في الارض غالبا لطلب الربح قال الله تعالى
وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف
فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا ومشروعيتها للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي
عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد خالي اليد عن المال فكانت في شرعيتها
انتظام مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من
سبب المعاملات فهو تعلق البقاء المقدور وتعاطيها وركنها استعمال الالفاظ الدالة
على ذلك مثل دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملة او خذ هذا
المال واعمل به على ان ما رزق فكذا وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته
وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند
الدفع والشركة بعدها كما يذكر قوله بعث النبي صلى الله عليه وسلم اي انها مشروعة بالسنة والاجماع
فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يباشرونه فقررهم على ما روي ان العباس بن عبد المطلب
كان اذا دفع مالا مضاربة شرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا وان لا يشتري
به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه
وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم امر لا تعاينه من اقسام السنة على ما علم وتعاملت به الصحابة
رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا قال ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه
بامر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل
مقبوض كذلك فهو امانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه فاذا ربح
فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله وهو شائع فيشركه فاذا فسدت ظهرت الاجارة لان
المضارب يعمل لرب المال في ماله فيستحق ما شرط من الربح كالاجير على عمله فظهر معنى
الاجارة اذا فسدت ويستحق اجر المثل وذلك انما يكون في الاجارة واذا خالف كان غاصبا
لوجود التعدي فيه على مال الغير قال المضاربة عقد على الشركة هذا تفسير المضاربة على
الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم ان الشركة فيما ذا ففسره
المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح اي لا في رأس المال ... في الربح يستحق بالمال
من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة اشارة
الى انتفاء العقد بانتفائها لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة الا ترى
ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا تصح المضاربة
الا بالمال الذي يصح به الشركة وهو ان يكون رأس المال دراهم او دنانير عند ابي حنيفة
وابي يوسف او فلوسا نافقة عند محمد وما سواها لا يجوز وقد تقدم في كتاب الشركة ولو
دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لان عقد المضاربة يقبل الاضافة من
حيث انه توكيل واجارة فيجيء لانه مشتمل على التوكيل والاجارة بالاول والاضافة بالثاني وكل
منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجوز ان يكون عقد المضاربة كذلك لا يقال
يخالف الحكم لمانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض ما لي على فلان واعمل به مضاربة
جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث انه
لا يصح المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه هذا

مطلب لو شرط الربح للمضارب كان قرضا

التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع أي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث
قال ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد إلى آخره وإذا لم يصح كان المشتري
للمشتري والدين بحاله وإذا كان المشتري للمشتري كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح
وأما عندهما فإن التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري للآمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك
لا يجوز قال ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من
الربح مسماة لأن شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز الشيء
مناف له وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر ثم فسر ذلك بقوله فإن شرط زيادة عشرة
دراهم فله أجر مثله لفساده لأنه ربما لا يربح إلا هذا القدر فينقطع الشركة وهذا أي وجوب
أجر المثل لأنه عمل لرب المال بالعقد والعقد يبتغي بعمل منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد فلا
بد من عوض منافع تلفت بالعقد ولم يشترك في الربح لكونه لرب المال لأنه نماء ملكه فتعين
أجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجاوز بالأجر القدر
المذكور المشروط عند أبي يوسف رحمه الله قيل المراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة
المشروطة لأن ذلك نقيض المشروع فكان وجوده كعدمه وقال محمد يجب بالغا ما بلغ كما في
الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع كما في
أجير الوحد فإن تسليم نفسه تسليم منافعه أو بتسليم العمل كما في الأجير المشترك وقد وجد
ذلك وعن أبي يوسف لا يجب له شيء إذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فإنه فيها إذا لم
يربح لم يستحق شيئا مع أنها فوق الفاسدة ففي الفاسدة أولى فإن قيل ما جواب وجه ظاهر
الرواية عن هذا التعليل فإنه قوي فإن العقد الفاسد يأخذ حكمه من الصحيح من جنسه
كما في البيع الفاسد أجيب بأن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد
الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة والفاسد تنعقد إجارة فتعتبر
بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل
والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين أحدهما الاعتبار بالصحيحة والثاني
أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به وهو لا غيره فلا يضمن كأجير الوحد وهذا التعليل
يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث إنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت
لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون متناجرا للمستأجرين في الوقت كما لا يمكن أجير الوحد أن
يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول الفقيه أبي جعفر الهندواني وقيل المذكور ههنا
قول أبي حنيفة وعندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي
وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك لأن له أن يأخذ المال بهذا الطريق من
غير واحد والأجير المشترك لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافا
لهما قال الإمام الإسبيجابي في شرح الكافي والإصابة لأصحابه على قول الكل لأنه أخذ المال بحكم
المضاربة والمال في يد المضارب أمانة صحت أو فسدت لأنه لم يقصد أن يكون المال مضمونا عليه
فلو قصد ذلك يكون أمينا وهو لا يجعله أمينا وما كان من الشروط منها ما يفسدها ومنها ما يبطل
في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى أن الحكم ليس مرتبا على كل شرط بل يوجب جهالة في
الربح كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه أو شرطا أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها
أو أرضه سنة ليزرعها فإنه يفسد العقد لاختلال مقصوده وهو الربح في الصورتين

المذكور تبنى

المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض فكانت حصة العمل مجهولة
وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعة على رب المال أو عليهما
والوضيعة اسم جزء هالك من المال ولا يجوز أن يلزم غير رب المال لا يوجب الجهالة في الربح
فلا يفسد المضاربة قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل
يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب أن كلامه في غير ذلك من الشروط
الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة وأن اشتراط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب
الشيء على المعقود وصحيح يجوز أن يقال يريد المعدوم بمصير قوله بعد هذا الخطوط وشرط العمل
على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه قال ولا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب
ولا يد لرب المال فيه يتصرف أو عمل لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه كالوديعة وهذا
بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن
من التصرف فيه وبقاء يد رب المال يمنع الخلوص وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد
لأحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لأنه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من
التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا أو لم يكن كالصغير إذا دفع وليه
ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز لأن يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب
وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت
لقيام ملكه وإن لم يكن عاقدا وإذا شرط العاقد غير المالك عمله مع المضارب وإنما يكون
من أهل المضاربة في ذلك المال أو لا فإن كان الأول كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير
مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جازت لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة فكانا
كالأجنبي فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال كالجائز وإن كان الثاني كالمأذون يدفع المال
مضاربة فسدت لأنه وإن لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فنزل منزلة المالك فيما يرجع
إلى التصرف فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة قال وإذا صحت المضاربة مطلقة المراد
بالمطلقة ما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان بأن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم
يزد على ذلك فيجوز للمضارب أن يبيع نقدا ونسيئة ويشتري ما بدا له من سائر التجارات
لأن المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل إلا بالتجارة فالعقد بإطلاقه ينتظم صنوف التجارة
ما هو من صنيعهم ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الأرض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك
وعن أبي يوسف ليس له أن يسافر وعنه عن أبي حنيفة أنه إن دفع إليه في بلده ليس له
أن يسافر لأنه من المراد في الغالب إذ الإنسان لا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع
قبل إعطاء عاملا بغربته كان دليل الرضا بالسفر عند رجوعه إلى وطنه وظاهر الرواية ما ذكر
في الكتاب بقوله والمسافرة يعني أنها من صنيع التجار ولا يجوز للمضارب أن يضارب إلا أن
يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله ولا بد من جواز ذلك من
لعينه وجواز الكتابة والكاتب والإجارة المستأجر جريا على اختلاف لا يستعمل المستعملين فإنها
أمثال لما تجانسها وقد عرفت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا كما في
المودع والوكيل لا يودع ولا يوكل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقي سيجيء في
مواضعها بخلاف الإبضاع والإيداع لأنهما دونه فيتضمنهما وبخلاف الإقراض فإنه لا يملكه وإن قيل
له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه لكونه تبرعا

كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة على القرض اما الدفع
مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن صنيعهم فيجوز ان يدخل تحت هذا القول يعني قوله
اعمل برايك فان قيل اذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها
بوجه الجواز صلته للعلية فلا يخرج عنها كما عرف وان خص له رب المال التصرف في بلد
بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل والتوكيل في شيء معين يختص
به وفي التخصيص ببلد بعينه فائدة من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وخيانة المعاملين
وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة
اذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيرا لما هو المقصود وهو الربح وليس له ان يبضع من يخرجها
من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره وان خرج بها الى
غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك للمشتري وربحه له لانه تصرف بغير اذنه فصار غاصبا
وان لم يشتر وردها الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك الخلاف
ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق فان قيل قوله ورجع المال
مضاربة يدل على انها زالت وما زال بالعقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه على هذه الرواية
وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشرى والضمان كذلك
رجع بناء على انه على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانه زال ثم رجع الى وفاق
حتى ضمنه بنفس الاخراج ولو اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج البعض منه
ولم يشتر به ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا
من البقاء في يده بالعقد السابق واما اذا اشترى ببعضه فيه وبعضه اخرى عين فهو ضامن
لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي
على المضاربة اذ ليس من ضرورة ضمان البعض المال الباقي المضاربة فيما بقي وفيه نظر
لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الضمان باعتبار الكل وتفريق الصفقة موضع
اذا كان لازم ضرورة الامر عند الضمان وقد اشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير
والمبسوط قال المصنف وهو الصحيح اي ان الشرط يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر
الذي عينه اما الضمان فوجوبه بمجرد الاخراج وانما شرط الشرى في الجامع الصغير
للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح
التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال
اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه ولو قال على ان تبيع النسيئة
ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعتبر خلافا وجوابه مبني على اصل وهو ان القيد المفيد
من كل وجه معتبر وغير المفيد لا يعتبر والمفيد من وجه دون وجه معتبر عند النهي الصريح ولغو
عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلد او سلعة وقد تقدم والثاني كتخصيص الخصوص
النقد بغيره والثالث كالتقييد بسوق دون سوق في بلد واحد وكالنهي عن
البيع ... من حيث ان البلد وان تباين اطرافه لا يختلف حقيقة وهو ظاهر
وحكي انه اذا شرط الحفظ على المودع في محلة فحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار
ايضا باختلاف الاماكن وغير مفيد من وجه وهو ان المصر مع تباين اطرافه جعل كمكان واحد
اذا شرط الا يبيع في السلم بالا يكون في المصر ... المجالس واعتبر حالة التصريح بالنهي

لولاية الحجر فيعتبر عند السكوت عنه قال ومعنى التخصيص ذكر الفاظ تدل على التخصيص
مثل ان يقول كذا وكذا اي جملة الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل على
التخصيص فيحصل به تقييد وما لا يدل وجملة ذلك ما ذكره ستة منها تفيد التخصيص وثلاث
منها بعد مذكورة والضابط لتمييز بين ما يفيد التخصيص وما لا يفيد هو ان رب المال اذا
اعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا به لئلا يلغو واذا اعقبه ما يصلح
للابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال على
ان تعمل كذا او في مكان كذا او قال خذه تعمل به بالكوفة مجزوما ومرفوعا وكلام المصنف
يحتملهما او قال فاعمل به بالكوفة او قال خذه بالنصف بالكوفة او قال لتعمل به بالكوفة
ولم يذكر المصنف لان قوله تعمل بالرفع يعطي معناه فقد اعقب لفظ المضاربة بما لا يصح
الابتداء به حيث لا يصح ان يبتدئ بقوله على ان تعمل كذا او يقول تعمل بالكوفة او بغيرها
وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقا بما تقدم فجعل قوله على ان تعمل شرطا والمقدم منه
معتبرا وهذا يعقل صيانة المال في المصر وقوله تعمل به في الكوفة تفسير القوله خذه
مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لان الفاء فيهما للوصل والتعقيب والمتصل
المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق وبعض
الصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملتصقا بالكوفة وهو ان يكون العمل فيها واذا
قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو وبه نفع اعقب
ما يصح الابتداء به اما بغير الواو فلانه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدا لا يجعل مشورة
كانه قال ان فعلت كذا كان انفع فان قيل لم لا تجعل واو الحال حتى في قوله ادّ الي الفا وانت
حر اجيب بعدم صلاحيته لذلك هاهنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ ولو
قال خذه مضاربة على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيدا لزيادة الثقة
به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء وتقاضيا ومناقشة في الحساب وفي النقرة
عند الشرى بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان
يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز
لان فائدة الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد
ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف وقد حصل ذلك
لا معتبر بغير قوله وهكذا هو المراد عرفا لا لانه وراد كل يعني غير المكان في الاول والنوع في
الثاني ولا دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان
مقتضى اللفظ الاول ان يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة او بغيرها وتقرير
ان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة
لماله وقد حصل ذلك فيها ولما لم يحصل المعاملة في التصرف بشخص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل
على ان المراد به نوع الصرف وقد حصل وقوله وكذلك ان وقت للمضاربة معناه ان التوقيت
بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق
على رب المال لقرابة او غيرها كالحلف بعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف
مرة بعد اخرى وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعتقه فالعقد لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة
الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء العبد مطلقا ان اشترى من يعتق على موكله

مخالفا

لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج اليه بعد التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصودا لم يكن المكال وقيد بقوله اشترى عبدا يبيعه لانه لو اشترى من يعتق عليه كان مخالفا ولهذا اي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح لا يحصل في المضاربة شراء بخلاف البيع الفاسد لانه يبيعه بعد القبض فيكون فيحقق المقصود ولو فعل اي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احتراز عن الصبي والعبد المحجور فان شراءهما يتوقف على اجازة المولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يخير رب المال بين ان يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين ان يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى به مال المضاربة دينا عليه فاما شراء من يعتق على المضارب فعليه تفصيل اما ان يكون في المال ربح اولا فان كان لم يجز له ان يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لا يتعاطون بيعه لكونه مستسعى عند ابي حنيفة او يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزي الاعتاق فيمتنع التصرف فيفوت المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له فيه فان زادت قيمتهم بعد الشراء اعتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه اي الشأن لا صنع له في زيادة القيمة وتملكه الزيادة اي نصيبه من الربح امر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجها واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن للاخ شيئا لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد عنده فيه كما في الرواية قال وان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف وما يتبعها وخمسين وان شاء اعتقه ولا يضمن المضارب شيئا فاما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر لتمدد رها مملكا في محلها حملا على الفراش بالنكاح بان زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه اي الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام مستحق برأس المال كما لا المضاربة اذا كان اعيانا كل واحد منهما يساوي الفا فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض بوجهين احدهما ان الجارية كانت متعينة لرأس المال فكان الولد فيتعين كذلك وتعين ان يكون الولد كله ربحا والثاني ان المضارب اذا اشترى بالالف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي الفا كان له بيعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه اليه صح واجيب عن الاول بانه تعينها كان لعدم المزاحم لا لانحصار رأس المال فان رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن احدهما اولى بذلك من الاخر فاشتغلا برأس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناس مختلفة والفرسان بجنس واحد يقسمان جملة واذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد منهما يقسم قسمة التمييز ربحا بخلاف العبدين فيهما حقيقتين ان حصل بكل واحد منهما لم يكن بينهما على حاله لكون الرقيق اجناسا مختلفة عند ابي

حنيفة

حنيفة قولا واحدا وعندهما في رواية كتاب المضاربة واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا ازدادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا انه لم يتعذر لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشاء العقد ولم يصادف محله لعدم الملك فلا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك واما ما نحن فيه فاخبار فاذا زال نفذ عند حدوثه كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك اخرهما فيضاف الى الاخير لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى اخرهما وجودا اصله مسئلة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعتاق يعتمد ذلك واذا انتفى الضمان بقي احد الامرين الاخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعى لاحتباس ماليته عنده وان شاء اعتق لكونه قابلا للعتق فان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار وقيل لم لا يجعل الجارية لرأس المال والولد كله ربحا واجيب بان ما حصل الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال انسب للتجانس وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد ثبت للمدعي نصيب رب المال منها يجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد الجارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج جارية اخيه فاستولدها فمات الزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ اخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو انما يكون من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك والملك اخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب والله اعلم

باب المضارب يضارب

قال واذا دفع المضارب مضاربة مركبة فاخرها عن المفردة لان المركب يتلو المفرد قال واذا ضارب المضارب مضاربة مركبة فاخرها عن المفردة اختلف في موجب الضمان على المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال فروى الحسن عن ابي حنيفة انه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فان الموجب هو حصول الربح فاذا ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف ضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفعه الى المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه ولنا ان دفعه ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى موقوفا ان عمل ضمن والا فلا لان حقيقته اي الدفع قبل العمل ايداع وبعد الابضاع والتعليق يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت

لا الشركة في المال فصار بمنزلة ما لا شريك له اخر فيه رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كالوخلطه
بغيره وهذا اي وجوب الضمان على الاول افضليته بالربح او العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة
واطلق القول ليتناول كلا منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة والثانية او كلتيهما جميعا لم يضمن الاول
لان الثاني اجير فيه وله اجر مثله فلم يثبت الشركة الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت الاولى فاسدة
فلم يتصور جواز الثانية لانه مبنية على الاولى فلا يستقيم التقسيم اجيب بان المراد بجواز الثانية
حينئذ ما يكون جائزا بحسب الصورة بان يكون المشروط للثاني من الربح مقدارا ما يجوز به المضاربة
في الجملة بان كان المشروط له الثلث او نصف الربح وما اشبه ذلك والثاني نصيبه قوله ثم ذكر في الكتاب يعني القدوري
تضمين الاول ولم يذكر الثاني قيل اختيارا منه لقول من قال من المشايخ ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي
حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار ان شاء ضمن
الاول والثاني في هذه المسئلة باجماع اصحابنا وهذا القول هو المشهور من المذهب وهذا عندهما
ظاهر وكذا عنده لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع ووجهه ان المودع
الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه من حيث شركته في
الربح فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة
بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد
اي بسببه لانه عامل له اي للمضارب الاول كما في المودع واعترض بان كلامه متناقض لانه قال قبل
هذا بانه يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول واجيب باختلاف الجهة يعني ان المضارب
الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل للغير من حيث انه في الابتداء مودع وعمل المودع
لحفظ المودع والظاهر من كلامه لانه قال الكيل يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز ان
يكون الشخص عاملا للغير لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد
فان الاول قد غره والثاني قد اعتمد قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار
وصحت المضاربة الثانية والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب
الربح للثاني ولا يطيب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء
الضمان ولا يعرى عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق **قال** فان دفع اليه
رب المال مضاربة بالنصف هذه المسائل الى اخرها ظاهر لا يحتاج فيه الى شرح وانما قال لا يطيب له
ذلك اي للمضارب الاول والثاني الثلث والسدس للاول وان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر التقدير
الا ترى انه لو ابضع المال مع غيره او ابضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له
وان لم يعمل بنفسه وانما قال لا غرور في ضمن العقد لان الغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يرجع المغرور كما اذا قال
لاخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه **قال**
لما كان المضاربة بعد دخل عبد المضارب او رب المال [illegible] فيما ذكرنا في فصل على حدة فقال واذا
شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز
قوله ولعبد رب المال [illegible] عبد المضارب والاجنبي والمشروط [illegible] احترازا عن الاول لانه حكم
عبد المضارب فيما نحن فيه حكم رب عبد المال فيجوز ان يكون احترازا عن الاول [illegible]
[illegible] احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على ان يعمل مع
المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي
معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب

المال

المال لان الربح انما يستحق برأس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على ان يعمل العبد معه احتراز
عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا لانه اما ان يكون على العبد دين اولا فان لم يكن صح الشرط في حق
العبد لما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلنا الشرط في حق مولاه لان ما شرط
العبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول
ابي حنيفة رضي الله لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر
تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة اذا كان
على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا
خلاف فاما اذا اشترط ان يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صحيحا فيكون جائزا على ما شرطا سواء كان
على العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له فيه
ولهذا اي ولان للعبد يدا معتبرة لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه
ولهذا اي ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له يجوز بيع المولى من عبده الماذون
يعني اذا كان مديونا على ما سيجيء واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم
والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على
ما مر واذا صحت المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب
العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو
عقد الماذون له الى اخره

فصل في العزل والقسمة

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الامر الى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب
وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل **قال** واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة اذا مات
رب المال والمضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة ورد بانه لو
كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعدما اشترى
شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم اذا هلك ما اخذ
ثانيا لم يرجع به عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعدما اشترى بمال
المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا
لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي واذا ارتد رب
المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء
او بعده فكانت المضاربة كما كانت اما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة
واما بعده فيلحق المضارب كالزمان حقيقة واما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند ابي حنيفة
رحمه الله لان المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف
من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها فانه في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع
وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل جائز والربح بينهما على ما شرطا

لانه عبارة صحيحة لان صحتها بالاهلية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبني صحة
الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقه به فبقيت
المضاربة بحالها لكن ما لحقه من العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول ابي حنيفة لان حكم
العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمته لقضي من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل
عن غيره بالبيع والشراء وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حاله في التصرف بعد الردة كهي قبلها
فالعهدة عليه ويرجع على رب المال قال واذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى
وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض
فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لعدم ولاية حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه حقه
ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتني على رأس المال يتميز
ورأس المال انما ينض اي ييسر ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان يشتري بالثمن شيئا آخر لان
العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حين نض فيعمل
فيعمل فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير فقد نضت فلم يجز له ان يتصرف فيها فانه ليس في اعماله
عزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك العمل قال المصنف رحمه الله هذا الذي
ذكرنا اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان
يبيعه بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض قوله وعلى هذا موت رب المال
يريد به ان العزل الحكمي كالقصدي في حق المضارب ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي
لان عدم علم العزل انما يمنع من ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين العزلين واذا افترقا
وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح
وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض حينئذ والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به
فان قيل رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب
الا به فهو واجب اجيب بانا لا نسلم ان الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع فيقال له
وكل رب المال في الاقتضاء فاذا فعل ذلك فقد زال يده ولا بد له من ذلك لان حقوق العقد ترجع اليه
فان لم يوكل يضيع حق رب المال وفي الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة
فكان في الكلام استعارة ومجوزها معروف وهو اشتمالها على النقل وانما فسره بذلك لان احل ربما
يوهم ان رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك وعلى هذا سائر الوكالات يعني الوكيل بالبيع
... وكل الموكل بالاقتضاء واما البياع والسمسار وهو الذي يعمل للغير بيعا وشراء فانهما يجبران على
التقاضي لانهما يعملان بالاجارة عادة واذا وصل اليه اجر اجبر على تمام عمله واستيفاؤه فكانما عن فساد
لانه اذا استوجر على شراء شيء فقد استوجر على ما لا يتمكن به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه
وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك ان يأمره
بالبيع والشراء ثم يشترط له اجرا فيكون وكيلا متبرعا ثم اذا فرغ من عمله عوضه باجر المثل هكذا
روي عن ابي يوسف ومحمد قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لان الربح
لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال قال صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه
حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه او قال فرائضه ولان رأس
المال اصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شيء استكمل من التبع فان زاد
الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه امين وان اقتسما كذا لان القسمة تفيد ملكا موقوفا ان بقي

ما عد

ما عدا رأس المال الى وقت القسمة كأنما اخذ كل منهما ملكا له فان هلك بطلت القسمة وتبين ان المقسوم رأس المال

فصل فيما يفعله المضارب

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضاربة زيادة للافادة وتشبيها على
مقصودها افعال المضاربة بالاجارة قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لانه من ذلك الا
اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بان باع الى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار
وهذا كما ان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص
لنوع كالطعام مثلا واما اذا كان عاما كان له ان يشتري السفينة والدواب اذا اشترى طعاما
يحمله عليها وظاهر كلامه يدل على ذلك ... الركوب لا يجوز ... وله
ان يستكريهما اي السفينة والدواب مطلقا اعتبارا بعادة التجار فانه اذا اشترى طعاما
لا بد له من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة
في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد انه لا يملك
الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما ان الماذون لا يصير شريكا
في الربح ولو باع نقدا ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عند ابي حنيفة ومحمد فلان الوكيل
يملك ذلك والمضارب اولى لعمومه ولانه لكونه شريكا في الربح او بعرضيته ذلك الا ان الوكيل
يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان له ان يقايل العقد ثم يعقد فيبيع نسيئة لانه من
صنيع التجار فجعل تاجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخر
الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة كما قلنا ولو كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب
الحوالة جاز سواء كان الذي ... من المشتري او اعسر منه لما ذكرنا انه لو اقال العقد مع الاول ثم
باعه منه على المحال عليه جاز وكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال
بمال اليتيم لان تصرفه نظري فلا بد وان يكون المحال عليه ايسر ثم ذكر الاصل فيما يفعله المضارب
بانواعه الثلاثة وهو ظاهر ثم قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة لان التزويج
ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها وعن ابي يوسف يزوج الامة لانه جعله من
الاكتساب بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب انه ليس بتجارة وان كان فيه كسب فصار
كالاعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة قال وان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال
فان دفع الى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة
خلافا لزفر قال ان رب المال يتصرف في مال نفسه بغير توكيل اذ لم يصح به فيكون مستردا للمال فلهذا
لا يصح اشتراط العمل عليه حتما ابتداء ولنا ان الواجب هو التخلية وقد حصلت وبقي التصرف حقا
للمضارب وله ان يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة وانما جعله استعانة
المضارب بالاجنبي برب المال اولى لكونه اشفق على المال فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه
ابتداء لانه يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصح وكيلا لان الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في
مال غيره بل في ماله اجيب بان رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال فجاز توكيله فان قيل

لو كان كذلك لفسخ المضاربة مع رب المال الآخر بقوله وبخلاف ما إذا دفع إلى رب المال المضاربة أخذنا
لا يصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه لأدى إلى
قلب الموضوع ولقائل أن يقول رب المال إنما يصير بالتخلية كالأجنبي ولا لما كان الأول تجارة
المضاربة وإن كان الثاني لم يجز الإبضاع فالقياس يقتضي الجواز وعدمه فالجواب أنه صار كالأجنبي
قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لأن المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود بخلاف البضاعة
فإنها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه فإن التوكيل قد يكون أن يوكل وليس المال له وإذا
لم يصح المضاربة الثانية بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى وكلام المصنف
يوهم اختصاص الإبضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل
بين كونه بعضا أو كلا وبه صرح في التحرير والمبسوط وقيد بدفع المضارب لأن رب المال إذا أخذ مال
المضاربة من غير أمر المضارب بغير أمره وباع واشترى فإن كان رأس المال نقدا فقد نقض المضاربة
إذا استعانة من المضارب بل هو جاحد لا دفعه فكان رب المال عاملا لنفسه ومن صورة
ذلك انتقاض المضاربة وانتصار رأس المال عرضا لا يكون نقضا لأن النقض الصريح إذا كان
رأس المال عرضا لم يعمل فهذا أولى قال وإن عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال بين الحضر والسفر
في وجوب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لأنه بمنزلة الوكيل المتبرع لأنه عمل
بعمله لغيره وبمنزلة الأجير شرط لنفسه من الربح ولا يستحق أخذ هو الا النفقة في المال الذي
لم يعمل فيه إلا إذا تركناه فيما إذا سافر بالمال لأجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بأنه
متبرع بعمله لغيره وبين الأجير بأنه عامل له ببدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له
بيقين ولا يستحق بالإنفاق من ماله لأمر المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد قد
يحصل وقد لا يحصل فلو لم ينفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الإجارة وإذا
أخذ شيئا للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لأنها لا يستحق لكلها
عن الغرماء إذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر
ما إذا كان بحيث يغدو ويروح فيبيت بأهله فإن كان كذلك فهو بمنزلة السوق في المصر لكن
نفقته في مال المضاربة لأن حجة إذا كان لها والنفقة ما تصرف إلى الحاجة الراتبة كالطعام
والشراب وكسوته وركوبه شراء أو كراء كل ذلك بالمعروف والحج وكل ما كان من مفردات التجار بالمال
كأجرة الخادم وكغسل الثياب والحمام والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج إليه كالحجاز
فإن الشخص إذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ما شيا في حوائجه يعد من الصعاليك ويقل معاملوه
نظارا ما يكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة والدواء يدخل في ذلك في ظاهر
الرواية لأنه لإصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب قال وإذا ربح أخذ رب المال
ما أنفق من رأس المال فإذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطا
المضارب إذا أنفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله لأن ما يكون
النفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المال فإذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطا
فإن باع المضارب المتاع يعطيها ما أنفق في المرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه
القصار والصباغ ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فلو كان مع
المضارب ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو
متطوع لأنه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظم كما مر وإنما ذكرناها تكملا من المقصد
لقوله وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الألوان كالحمرة إلا السواد عند أبي

حنيفة

حنيفة رحمه الله لأن الصبغ عين قائمة بالثوب فكان شريكا بخلاف مال المضاربة وقوله اعمل برأيك
يتناوله فإذا بيع الثوب كان له حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا
وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ إن باعه مساومة وإن باعه مرابحة قسم الثمن على هذا
الثمن الذي للمضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على
المضاربة بخلاف القصارة فإنها ليست بعين قائمة بالثوب ولم يزد به
شيء ولهذا إذا فعل الغاصب فإن زاد القيمة بصنعته فعله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه مجانا
وإذا صبغ المغصوب لم يضع بل يخير رب الثوب بين أن يعطيه ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة
لا يوم الاتصال بثوبه وبين أن يضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه ويترك الثوب
عليه وإذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون قلنا لأنه قال متى ما المضارب لم
يكن له ولاية الصبغ كان به كالغاصب فيخير أن يضمن كالغاصب تلا تفاوت بينهما
أجيب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك بينا ولما خلطه بالصبغ اختلط
ماله بمال المضاربة وإن لم يكن له ولاية ذلك كان والله أعلم

فصل في مسائل متفرقة

فصل آخر هذا مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة قال فإن كان
معه ألف ما ذكره المصنف رحمه الله واضح وهنا لا على أصل وهو أن ضمان رب المال
للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالمضمون على المضاربة والربح بينهما على
ما شرطا وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها وتحقيقه ما ذكره محمد
رحمه الله في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها عبدا فهو مضاربة فإذا باعه
بألفين ظهرت حصة المضارب وهي خمسمائة فإذا اشترى جارية بالألفين ودفع ربع الثمن
لأن ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فإذا هلك الثمن كان غرم الربع على المضارب
وهو خمسمائة والباقي على المضارب وخمسمائة والباقي على رب المال وإذا غرم المضارب
ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة وإذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لأن مبنى
المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافيا لها ولو أبقينا نصيبه على المضاربة
لأبطلنا ما عرف لأنه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصح ثم
لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف بقيت ثلاثة
آلاف فذلك على المضاربة لأن ضمان رب المال لا ينافي المضاربة ولا يجمع ما ضمن بل يلحق
برأس المال وإذا كان كذلك كان رأس المال في ذلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما
قوله وإن كان حصة الربح معناه والثمن وقوله لتغاير المقاصد لأن مقصود رب المال وصوله
إلى الألف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد وقوله إلا أن فيه
شبهة العدم أي عدم الجواز لأنه لم يزل به عن ملكه رب المال فيبيع ما هو في ملكه ثم يشتغل
به التام كأن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسمائة

لثبوته من كل وجه والأكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر إلى أنه يبيع ماله بماله فإن كان
كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فإن الدفع
والفداء إليهما فإن دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وإن فدياه فثلاثة أرباع
الفداء على رب المال وربعه على المضارب لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك
بينهما أرباعا لأن رأس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما فهذا عتق الربع
إن كان العبد قيمته والف هو رأس المال قبل العين بالوضيعة احمر ارباعا إذا كانا عينا
فإنه لا يظهر الربح لعدم الأولوية كما تقدم فإذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أما نصيب
المضارب فلما بيناه أنه صار مضمونا عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة وأما نصيب
رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فإنه يتضمن انقسام العبد بينهما
كل منهما بالفداء ما يخصه والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم يعني به ما إذا ضاع
الألف في المسألة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك لأن جميع الثمن فيه على المضارب
لكونه العاقد والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله ولأن العبد كالزائل إلى آخره
يستحق بالجناية والمستحق بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك فدفع كان استدلالا
الشراء كونه العبد ينتهي أرباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال
ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم يريد به ما تقدم في المسألة المتقدمة وهي ما إذا ضاع الألف
في المسألة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك لأن جميع الثمن فيه على المضارب لكونه
العاقد والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله ولأن العبد فإن العبد فيها
على المضاربة فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا وهلكت قبل النقد إلى البائع رجع
المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال الجميع مما يدفعه لأن المال في يده أمانة
وقد هلك وبقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثله وما يحصل له
من الدين المقبض ثانيا لا يصير المضارب مستوفيا لأنه إنما يكون بقبض مضمون
وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان وإذا لم يكن مستوفيا
لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما
منافاة فلا يجتمعان وإذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى إلى
أن يستوفي عنه العوض بوصول الثمن إلى البائع بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه
قبل الشراء وهلك بعد الشراء فإنه لا يرجع إلا مرة واحدة لأنه أمكن أن يجعل مستوفيا لأن
الوكالة تجامع الضمان ولم يعتبر أمينا وفيه نظر لأن الفقهاء هنالك باعتبار سبب هو تعلقه
قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبر أجنبيا وليس فيما نحن فيه شيء يثبت سوى القبض بطريق
الوكالة ولا ينافي صلاحيته لو غصب الألف فهلك المغصوب منه
الغاصب وجعله رأس المال المغصوب كما في صورة الوكالة ليس في الرواية ما ينفيه على
تقدير يحتاج إلى فرق دفعا للتحكم ولأن المطلوب كونه مستوفيا والدليل إمكان
ذلك والإمكان لا يستلزم الوقوع ويمكن الجواب عنه بأن مقصود المصنف دفع التحكم
إجماعيا وأما كونه مستوفيا ثابت بدفع الضرر عن الموكل فإنه لو لم يجعل مستوفيا لبطل
حق الموكل إذا رجع عليه بالألف أخرى اختلافا فأما ههنا فحق رب المال لا يضيع لأنه يلحق
برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله على يخشى بضرر المضارب فاخترنا أهون

الأمرين بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع فصار بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري
وقوله ولو غصب الألف إلى آخره لم يثبت فيه رواية يحتاج إلى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة
للفرق بين ما إذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبين ما إذا اشترى ثم دفع فإنه يرجع في
الأول ويصير به مستوفيا وفي الثاني لا يرجع فيه أصلا وكلامه فيه واضح

فصل في الاختلاف

أخر هذا الفصل لما قبله لأنه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين
المسلمين قال وإن كان مع المضارب ألفان اختلاف رب المال والمضارب إذا كان في
مقدار رأس المال بأن دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول
أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لأن المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول
قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض
فالقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب أو أمينا كالمودع لكونه أعرف بمقدار
المقبوض وإذا كان في مقدار الربح مع ذلك أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب
المال رأس المال ألفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمشروط
نصفه فالقول قوله أي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان أما في رأس
المال فلما مر من الدليل وأما في الربح فلأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته
ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيدك بضاعة كان القول له فكذا إذا أنكر الزيادة
وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل تثبت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس
المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لأن البينات للإثبات وإذا كان في صفة
رأس المال كما إذا قال من معه ألف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت ألفا
وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطا
من الربح أو شرطا من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني
وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لأنه يدعي عليه
تملك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا
في الأول ثم أقرضه ولو أقاما البينة فالبينة للمضارب لأنها تثبت التمليك ولو ادعى رب
المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الأخذ بالإذن ورب
المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وإن أقاما لأنها تثبت الضمان
وإذا كان في العموم والخصوص فإن كان قبل التصرف فالقول لرب المال أما إذا أنكر الخصوص
فظاهر لأن العموم هو الأصل كما ذكر وكذا إذا أنكر العموم لأنه يجعل إنكاره ذلك عزلا له
عن العموم وله أن ينهى عنه قبل التصرف إذا ثبت عنه العموم نصا فههنا أولى وإن كان بعده ورب
المال يدعي العموم فالقول له لكونه متمسكا بالأصل وإن كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع

استحسانا لان الاصل فيهما العموم والتخصيص بالشرط بدليل انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملكه به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعي العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب قال المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول وان لم يوقتا او وقتا ووقت احدهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء بهما مع الاستحالة وكلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما يعمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في اول الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي اعلى من الهبة لانه عقد لازم واللازم اعلى واقوى مما ليس بلازم ومن محاسنها اشتمالها على بذل اموالها في الاعانة على عباد الله واستحقاق الاجر والثناء على ذلك وتسميتها لتعلق البقاء المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مرارا وحظر وعيها بقوله ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها باطلاقه وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد امين وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال وركنها اودعتك هذا المال او ما قام مقامه فعلا كان قولا والقبول من المودع حقيقة او عرفا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع كان ضامنا لان هذا قبول الوديعة عرفا وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات اليد عليه غير متصور فايداع الطير في الهواء والعبد الآبق غير صحيح وحكمها كون المال امانة عنده قال الوديعة امانة في يد المودع قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره فاذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص والوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والمغل الخائن والاغلال الخيانة الا ان الغلول في المغنم خاصة والاغلال العام كذا فيه نظر لانه ذكر في غريب الحديث انه قول شريح ليس من قول النبي صلى الله عليه وسلم ...

بانه مشتمل عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولان بالناس حاجة الى ذلك فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب فان المرأة اذا اودعت شيئا عندها فلا بأس لها ان تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وترك الاب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط ان لا يعلم بمن في عياله الخيانة فان علم ذلك فحفظ به ضمن وهذا اذا لم يشترط عن الدفع اليهم لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال الغير على الوجه الذي يحفظ ماله بنفسه وهو انما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز ان يدفع الوديعة اليهم وهذا قيد العيال ليس بشرط فانه روي عن محمد رحمه الله ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لانه يمكنه ملازمة بيته لا محالة ولا استصحاب الوديعة عند خروجه وهذا معلوم للمودع فيكون راضيا به ~~حيث يتيقن في ماله ولم يكن في عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته لا محالة ولا استصحاب الوديعة عند خروجه وهذا معلوم للمودع فيكون راضيا به~~ فان حفظها بغيرهم بان ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه من ليس من عياله او اودعها غيرهم بان نقلها من بيته واودعها عند غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والحال الايدي تختلف في الامانة قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فان لهم ولاية فعل ما فعل بهم والوعد بالجواب في مثل ذلك ولا بأس بذكره ههنا اجمالا وهو ان المستعير ما لك المنفعة والمأذون يتصرف بحكم المالكية وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التمليك والوضع في حرز الغير ايداع كالتسليم اليه فيوجب الضمان الا اذا استأجره فكان كحافظ بحرز بنفسه قوله الا ان يقع في داره حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره او الالقاء الى سفينة اخرى طريقا للحفظ فيكون مرضي المالك وينتفي الضمان لكنه متهم في دعوى ذلك لا دعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة وقال في المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله بغير بينة قال وان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمن اذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعد اذ المتعدي هو الذي يفعل ما لا يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض ببقاء ذلك عند امساكه وقد حبسه فصار ضامنا والخلط الى ان قال بعد فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان خلط بالجنس شركه ان شاء كخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير قالا تعذر الوصول الى حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء ولابي حنيفة انه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم وقوله وامكنه معنى غير صحيح لانه بالقسمة وهي من احكام الشركة فلا تصلح موجبة لها لئلا ينقلب المعلول علة ولو ابرأ المالك الخالط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لا حق له الا في الدين وقد اسقط وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الابراء اليه فتبقى الشركة في المخلوط وان

خلط المائع بغير الجنس كخلط الخل بالحاء المهملة وهو دهن السمسم بزيت الزيتون صار مذهبهما
كمذهب ابي حنيفة فيوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة وهو
ظاهر ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس لان حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما
يكون عند اتحاد الجنس ومن هذا القبيل اي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع خلط الحنطة
بالشعير في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط
الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فيتعذر
التمييز صورة ومعنى وان خلط المائع بجنسه اوجب الضمان عنده لما ذكرنا من انه استهلاك
وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب
القليل اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركة بكل حال اي سواء كان الخلط بالقليل او بغيره لان
الجنس لا يغلب الجنس عنده لما مر في الرضاع اذا اجمع لبن امرأتين في قدح وصب في حلق صبي
يثبت الرضاع بينهما جميعا عند محمد رحمه الله ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لصيرورتها
مائعا بالاذابة وان اختلطت بماله من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلطا
صار شريكين لانه لم يصنع شيئا يوجب الضمان وهذا بالاتفاق وان هلك البعض كان من
مالهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك ان يكون الهالك والباقي على الشركة فان انفق المودع
بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض بالخلط
لا يقال فليجعل الرد قضاء لا خلطا لعدم تفرده بالقضاء بغير محضر من صاحبه ولو لم يرد مثله
انفق كان ضامنا لما انفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وهذا انفق لم يتعيب بالتبعيض فان
هكذا جعل موضع التبعيض ذا الكلام فيه وان اخذ ليستنفق ثم بداله فرده الى موضعه فهلكت
فلا ضمان عليه لانه اخذ لم ينافي الحفظ ومجرد النية لا يكون ضامنا كما لو نوى ان يغصبها ثم
لم يفعل قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركب الدابة او
لبس الثوب او استخدم العبد او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال
الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة لكونها امانة
تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي الاخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان
الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم
العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة تنافي تضاده وهو الامانة المخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر
الضرورة وهي تندفع باثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع
عاد حكم العقد وعورض بان الامر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ وما هذا شانه فالمخالفة فيه رد
للامر من الاصل لان بطلان الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال
ليست موضوعة لابطال الايداع ولا ينافيه الا ترى ان الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول
للغاصب اودعتك وهو مستعمل بخلاف الجحود فانه دال على موضوع الرد فجاز ان يكون ردا للقول مثله
الا ترى ان الجحود في اوامر الشرع يدخلها يكفر به والمخالفة بترك صلاة او صوم مأمور به ليست بردة
ولهذا لا يكفر بها قوله كما اذا استأجر نظير لمسألة الوديعة بالاستئجار فان المخالفة بترك الحفظ في
بعض وقت كونها وديعة فصار كما اذا استأجر للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ
في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ~~لكونها وديعة كما اذا استأجر الحفظ شهرا فترك~~
~~الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات~~ لم يخرج بذلك عن كونه

امينا

امينا واعترض بان هذا النظير غير مستقيم لان بقاء كونه امينا باعتبار ان عقد الاجارة عقد لازم فلا
يرتد برده بخلاف ما نحن فيه واجيب بان العقد اللازم وغير اللازم في الانتقاض بعد تسليم المعقود
عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والعارية والبيع والهبة ينتقض بعد التسليم المعقود عليه ثم في
الاستئجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فبترك الحفظ
في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل
وقوله فحصل الرد الى نائب المالك جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه ان المودع
نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك ~~جواب عن قوله~~
~~فلا يبرأ الا بالرد على المالك~~ وقوله فان طلبها صاحبها الى اخره ظاهر وقوله وان جحدها عند غير صاحبها كان قال
له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة لا يضمنها عند ابي يوسف وكذا لو جحدها عند
صاحبها من غير طلب منه مثل ان يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة خلافا لزفر
وانما ذكر خلافه فيما حصل له كان بعدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير مذكور
في المبسوط وانما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فذكر كذلك ووجه قول زفر ان الجحود سبب للضمان سواء
كان عند المالك او غيره لانه اتلاف حقيقة ووجه قول ابي يوسف ما ذكره انه من باب الحفظ لان فيه
قطع طمع الطامعين قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة قالوا اذا كان
الطريق امنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك فان لم يكن وسافر
باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله ولا فرق بين السفر الطويل والقصير
وقالا ليس له ذلك اذا كان له حمل ومؤنة وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة لكن قيل عند ابي يوسف اذا
كان بعيدا وعند محمد قريبا كان او بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين اي سواء كان
لها حمل ومؤنة او لا لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر لان الامر بالحفظ مطلق فلا يتقيد بمكان
كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا ان اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون
المفازة ليست محلا للحفظ اجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق امنا ولهذا اي ولكون
المفازة محلا للحفظ يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي ولو كان التلف مظنونا لما جاز لهما
ذلك فقيل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة لطلب الربح وليس للمودع حق التصرف
في الوديعة فلا يكون الاستدلال بهما على المودع صحيحا واجيب بانه توضيح للاستدلال وان كان استدلالا
فهو صحيح لان ولايتهما على مال الصبي نظرية واولى وجوه النظر رعايته عن موضع التلف فلو كان
السفر موضع التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما انه يلزمه مؤنة الرد لان
المودع يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به لكن ابا
يوسف جعل السفر القريب عفوا قياسا على الغبن اليسير في التجارات والشافعي يقيده بالحفظ
المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استأجر رجلا شهرا بدرهم
ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن قوله قلنا مؤنة الرد جواب عن قولهما
وتقريره سلمنا ان المؤنة تلحق المالك لكنه ليس بمعنى راجع الى المالك فلا يبالى به والمعتاد كونهم
في المصر جواب عن الشافعي يعني ان المعتاد كون المودعين وكون الايداع في المصر لا حفظهم فان من كان
في المفازة يحفظ ماله فيها ولا ينقله الى الامصار بخلاف الاستحفاظ بالاجر فانه عقد معاوضة
فيقتضي التسليم في مكان العقد فاذا نهاه المالك ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد
مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة [illegible]

مودعهم

المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي وقالا
يدفع اليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي اذا هلك في يد المودع كان للغائب ان
يشارك القابض فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير يدل بوضعه على ان المراد بموضع الخلاف هو المذكور
في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور الالف وهو موزون وذكر محمد
رحمه الله الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوائد الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت
الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان يأخذ نصيبه بالاجماع وحكاية الجامع ظهورها
لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم
اليه وهو النصف ومن طالب بما سلم اليه لم يمنع عنه ولهذا كان له ان يأخذه وان كان في يد المودع بلا عوض
ولابي حنيفة لا اشك انه طالبه بتسليم نصيبه بل يدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه
للشريك لان المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية
القسمة لانه ليس بوكيل في ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه
يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون تقتضي بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير
بل المديون يتصرف في مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الاثنين لا يؤمر
بالتصرف في ماله بل بالدفع الى من يحق عليه في ذلك والحق ان الضرر في حقه الشريك لا المديون
كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي بمقاصة من حيث لقضاء
لا في مشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة قوله لانه ياخذ جواب عن قولهما ولهذا كان
له ان يأخذ وتقريره جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع على الدفع لجواز الاخذ لنفس من
ضرورات الجواز يعني من لوازمه لا ينفك كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان
وعليه الف لغيره فلغريمه اي الغريم المودع بالكسر ان يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان
يدفع اليه قوله وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم هو الذي لا يتعيب بالتفريق كالحبوب
كالمكيل والموزون ومما لا يقسم هو ما يتعيب به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق لانه
ظاهر وقال في المبسوط قول ابي حنيفة اقيس لانه رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة واحد
فاذا كان الحفظ مما يتاتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ احدهما للكل واذا قال صاحب الوديعة
للمودع لا تسلمها الى زوجك فسلمها لا يضمن معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بد ذلك من
رواية الجامع الصغير حيث قال اذا نهاه ان يعطيها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه
لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه او كانت شيئا يحفظ على ايدي النساء
فنهاه عن الدفع الى امرأته وهذا معنى قوله وهو محمل الاول والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا
والعمل به ممكنا وجب مراعاته وهو محمل الاول والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا
وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان وان لم يكن مفيدا والعمل به ممكنا وجب مراعاته
والمخالفة فيه توجب الضمان وان لم يكن مفيدا او كان ولم يمكن العمل به كما نحن فيه يلغو وعلى هذا
اذا نهى عن الدفع الى امرأته وله امرأة اخرى امينة او عن الحفظ في الدار وله اخرى فخالف فهلك
ضمن واذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره والبيت الذي نهى عنه عورة ظاهرة او نهى عن
الدفع الى امرأته وليس له سواها او عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير
مفيد والثاني يتعذر العمل به قال ومن اودع رجلا وديعة اذا اودع المودع الوديعة فهلكت
الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله وتخير رب المال في تضمين ايهما شاء عندهما اذا تبعض من قيمين لان المالك

لم يرض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه والقابض من الضمين
ضمين كمودع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع
ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابي
حنيفة رحمه الله انه قبض المال من يد امين فتدبيره لا من حفظ بصورة يده ولهذا لو دفع
الى من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم
يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد تعليمهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ المستلزم فيضمنه
واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى وهو القبض من امين اذ لم يوجد منه بعد ذلك
فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره واذا كان في يد رجل الف فادعاه رجلان كل
واحد منهما انها له اودعها اياه الى اخره ظاهر سوى الفاظ نذكرها قوله لتغاير الحقين لان كل واحد
منهما يدعي الالف قوله وان نكل اعطى للثاني اي بعدما حلف للاول قوله ولا يقضي بالنكول
يعني للاول لان الثاني ربما يقول انما نكل لك لا كاذب بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة
بينهما قوله فينكشف وجه القضاء بانه يقضي بالالف للاول او الثاني او لهما جميعا لانه لو
حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما فلذلك
يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه قوله لانه اي لان المودع المنكر وجب الحق لكل واحد
منهما ببذله عند ابي حنيفة او باقراره عندهما ولو قضي للاول حين نكل قال الامام علي البزدوي
في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني فاذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل
حق الثاني لان القاضي قدمه اما باختياره او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني ولو
بدأ اذا حلف للثاني ما ذا حكمه وقال الاخوي في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضي
بنكوله للاول وقوله لكونه اقرارا اي لكون النكول اقرارا دلالة وقوله ما هذا العبد لي
يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما اقر به للاول وثبت بحجة
الاول لا يفيد اقراره به للثاني لانه لا يمكن دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله بناء اي قال
الخصاف يحلف عند محمد بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمن
عند محمد خلافا لابي يوسف كما اذا اقر بالوديعة لانسان ثم قال اخطأت بل هي لهذا كان عليه
ان يدفعها الى الاول لانه اقر بها صحيح ووجبه بعد ذلك باطل ويضمن للاخر قيمتها الاقرار
انها للثاني وانه صار مستهلكا على الثاني لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا
دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلافا لابي يوسف لان مجرد اقرار
لا يعوق على احد شيئا وانما العوائق بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ومحمد يقول
انه اسلط القاضي على القضاء بها للاول لاقراره وجد اقراره انه مودع للثاني والمودع اذا
سلط على الوديعة غيره صار ضامنا وللمسألة تفريعات ذكرت في المطولات

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج قيل هي

مشتقة من التعاور وهو التناوب وكانه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة
اليه بالاسترداد متى شاء واختلف في تعريفه اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع
بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير قيل وهو قول الشافعي قال الاول انها
تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره
وكل من ذلك يدل على انها اباحة اما الاول فلان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة واما الثاني
فلان التمليك يقتضي ان يكون المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح واما الثالث فلان المعير
يملك النهي من الاستعمال ولو كان تمليكا لما ملكه كالآجر لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع واما
الرابع فلان المستأجر يجوز ان يؤجر المستأجر لتملكه المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز له
ذلك كما في الاجارة والهبة وقال عامة العلماء انها تنبئ عن التمليك فان العارية من العرية
وهي العطية ولهذا تكون تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك مثل ان يقول ملكتك منفعة
داري هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فان قيل المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل
التمليك اجاب بقوله والمنافع قابلة للملك كالاعيان وبني على ذلك قوله والتمليك نوعان
بعوض وبغير عوض وذلك ظاهر لا نزاع فيه في الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع
دفع الحاجة وفيه بحث من اوجه الاول انه استدلال في التعريفات وهو لا يقبل لان
المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع
او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني انه قياس في
الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى
فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه اصول الفقه والثالث ان من
شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان
ويمكن ان يجاب عنه بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل
لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا للخواص تعرف بها العارية ولو
جعلنا المذكور به حكم العارية وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من التكلف
وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى وقوله ولفظ الاباحة جواب عن قول
الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه ان ذلك مجاز كما ان الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة
ولا نزاع في كونها تمليكا وقوله والجهالة جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه
ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم ووجه آخر ان
الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله والنهي عن التحصيل
جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه ان عمل النهي ليس باعتبار انه ليس في العارية
تمليك بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع لئلا يتملكها بحدوثها لكونها
عقدا غير لازم فكان له الرجوع عما ملك المستعير كما في الهبة وقوله ولا يملك الاجارة
جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سنحققه انما تعلق تفسيرها
وحكمها وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج
اليه المدني بالطبع وهو عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا
من صفوان وانما قدم بيان الجواز على تفسيرها لتعلقه بهم ويصح بقوله اعرتك هذا بيان الالفاظ
التي تنعقد بها العارية ويصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه اي حقيقة في عقد العارية واطعمتك

هذه الارض لانه مستعمل فيها اي مجاز فيه وفي عبارته نظر لانه ان اراد بقوله مستعمل
انه مجاز فيه فهو صحيح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق
اذن بين العبارتين وان كلاهما صريح كما اريد بهما حقيقة والاخر مجازا وان اشار الى الثاني
بقوله مستعمل اي مجاز لنفسه ان الاخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب اي اعطيتك والمنحة
وهي الناقة او الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى
قيل في كل من اعطى شيئا منحه وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به اي بقوله هذا الهبة
لانهما لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا اي مجازا من
حيث العرف العام واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وهو العارية وداري
لك سكنى لان معناها سكناها لك وهي العارية وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها
له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله لك
يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فاذا ميز بتعيين المنفعة حمل الكلام عليه اي على تمليك
المنافع بدلالة آخره حملا للمحتمل على المحكم وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله صلى
الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة ووجه الاستدلال ظاهر وفيه تعميم
بعد التخصيص لما عرفت ان المنحة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة في العارية فيستحق
الرد ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم
يتصل به القبض وهو لا عمل له بدونه فيصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت
من غير تعد لم يضمن اي كما اذا تلف بعد حمل الدابة ما لا يحمله مثلها او استعملها استعمالا
لا يستعمل مثلها من الدواب اوجب الضمان بالاجماع فان كان بغير ذلك لم يضمن وقال الشافعي
يضمن لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة
لان قبض المودع فيها لاجل المودع لا لمنفعة نفسه وقوله لا عن استحقاق اي لا عن
استحقاق ثابت بحيث لا ينقضه الاخر بدون رضاه احتراز عن الاجارة فان المستأجر
يقبض المستأجر بحق له ليس للمالك بعد القبض قبل مضي المدة بدون رضاه فان قيل قبض
باذن ومثله لا يوجب الضمان اجاب بقوله والاذن يثبت ضرورة الانتفاع والثابت
بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان
هلكت في غيرها تحقق ما يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا اي ولكون الاذن
ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض
على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق اذا
هلك يضمن كذا هذا ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان يعني ان الضمان اما ان يجب
بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء منها موجب له اما العقد فلان اللفظ الذي
ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها على اختلاف
القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض
فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة
الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه وقوله
والاذن جواب عن قوله والاذن يثبت ضرورة الانتفاع يعني انا لم نسلم ان الاذن ورد على
المنفعة نصا ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا ضرورة

الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن عليه تعد ولا ضمان بدونه وقوله وكانما
وجب الرد مؤنة جواب عن قوله ولهذا اي كان واجب الرد وتقريره انه وجب الرد لا يدل
على انه مضمون لانه يجب مؤنة القبض الحاصل للمستعير كمنفعة المستعار فانها على المستعير
وليس لنقض القبض ليدل على ان القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان
الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجد الرد وجب الضمان وقوله والمقبوض
على سوم الشراء جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقريره انه ليس بمضمون
بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد ولكن لا عقد هنا اجيب بان العقد
وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك
لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة نظرا
له الا ان الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا له مالا واعتبارا والى الثمن عند وجود
العقد واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله على ما عرف في موضعه قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف
وقيل طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط قال ولكن للمستعير ان يواجر ما استعار
وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره فان اجره فعطب ضمن لوجهين احدهما ان الاعارة دون الاجارة
والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والثاني انا لو صححناه فاما ان يكون لازما او غير لازم ولا سبيل
الى شيء من ذلك اما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم
عكس الموضوع واما الاول فلانه حينئذ يكون بتسليط المعير وهو مقتضيا في عقد العارية
فلا يتعدى على استردادها الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو ايضا خلاف
موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمستعير فابطلناها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا
فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستاجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك
وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب فان ضمن المستعير لم يرجع على المستاجر لانه ظهر انه
ملكه بنفسه وان ضمن المستاجر رجع على المؤجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر
الغرور بخلاف ما اذا علم وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل
كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانها اباحة المنافع
عنده كما مر والمباح له لا يملك الاباحة وهذا اي كون الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة
للملك لكونها معدومة وانما جعلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في الاعارة
بالاباحة فلا يصار الى التمليك ولنا انه تمليك المنافع على ما مر فيملك مثله كالموصى له بالخدمة
جاز ان يعير لتمليك المنفعة وقوله والمنافع اعتبرت قابلة جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك
وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل في الاعارة كذلك
دفعا للحاجة وقد مر لنا الكلام فان قيل لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين
ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك اجاب بقوله وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف
~~المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك اجاب بقوله وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف~~ المستعمل دفعا
لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره وقال هذا اي ما ذكر من ولاية الاعارة
للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقا فيحتاج ان يبين اقسامها فقال وهي على اربعة اوجه وهي
قسمة عقلية احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني ان تكون مقيدة فيهما
والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع بالعكس فللمستعير في

الاول

الاول ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق وفي الثاني ليس له ان يتجاوز
فيه ما سماه من الوقت والمنفعة الا اذا كان خلافا الى المثل وذلك كمن استعار دابة ليحمل
عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة اخرى او الى الخير منه كما اذا حمل عليها ذلك
شعيرا استحسانا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة
والضرر الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه ووجه
الاستحسان انه لا فائدة له في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته
ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وفي
الثالث والرابع ليس له ان يتعدى ما سماه من الوقت والنوع وعلى هذا فلو استعار دابة
ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب غيره وان كان الركوب
مختلفا لانه لما اطلق كان له التعيين حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب فليس له ان يركب غيره
وبالعكس كذلك فلو فعله ضمن لتعين الركوب في الاول والاركاب في الثاني وهذا الذي
ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام رحمهما الله قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون والمعدود قرض اذا استعار الدراهم فقال له اعرتك دراهم هذه كان بمنزلة
ان يقول اقرضتك وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان الاعارة تمليك المنفعة
ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فكان ذلك للعين اقتضاء وتمليك العين اما
بالهبة او البيع وادناهما لكونه متيقنا به فقيل لانه اقل ضررا على المعطي لانه يوجب رد المثل
فهو اقل ضررا فهو الثابت يقينا ولانه من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد عجز
عن رده فاقيم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار
دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا
استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلده يتعلق بعاريت المكاييل والموازين اذا قال استعرت العيار
المعيار الذي يتعاير به غيره ويستوي واذا استعار ارضا للبناء والغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلف
قلع البناء والغرس اما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة
واما الرجوع فلما بينا يعني قوله وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه الصلاة والسلام
المنحة مردودة والعارية مؤداة واما التكليف فلان الرجوع اذا كان صحيحا بقي المستعير شاغلا ارض
المعير فيكلف تفريغها لان المعير اما ان وقت العارية او لم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان عليه لان
المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن انه يتركها في يده مدة
طويلة من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا ولكنه
يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث
وقت له اذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور
الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر والاعارة ليست كذلك اجيب بان
التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس ان اراد اخراجه قبل ذلك معنى وتقديره كانه
ابن في هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى مدة كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك بقرينة حاله
وذلك لان الكلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لابد
من فائدة لذكر التوقيت وذلك ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى

مثل مضروبه عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكر القدوري
يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد ان المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان
له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لانه ملكه قالوا يعني المشايخ
اذا كان في الارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح
بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ما قال القدوري ان المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول
على ما اذا لم يلحق بالارض ضرر وما ذكر الحاكم فلما اذا لحق بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان
النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل
يترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل وقت او لم يوقت لان للزرع نهاية معلومة وفي الترك
مراعاة الحقين فانه لما كان الترك باجر لم يفت منفعة ارضه مجانا ولا زرع الآخر بخلاف الغرس
لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير
واجرة رد العين المستأجرة على المؤجر وذلك لان الاجرة مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب
اجره والرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم وفي
الاجارة ليس الرد واجبا على المستأجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان منفعة قبضه عائدة
للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض بان المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة
لان منفعة الاجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متقوما اولى من المنفعة وعلى هذا
كان اجرة رد المغصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المؤنة
عليه ومن استعار دابة وردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وفي القياس يضمن لانه
تضييع لا رد وصار كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على
الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد على المالك الى داره ومن في
عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عرفا للناس وعرفها
وهو ان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى
المربط وعلى هذا اذا استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ
لم يردها الا الى المعير للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها مع من في عياله
كعبده واجيره مشاهرة او مسانهة فهو صحيح لانها امانة وله حفظها على يديهم كما في الوديعة وكذا
اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لوجود الرضى به من المالك الا يرى انه لو ردها اليه هو يردها
الى عبده واختلفوا في اشتراط كون العبد ممن يقوم على الدواب فقيل هو به وقيل هو وغيره سواء وهو
الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت هذه المسئلة على ان المستعير
لا يملك الايداع فتعتد كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال بانه يملك الايداع وهم مشايخ العراق
اولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان بعد ذلك مودعا وليس له ان يودع غيره فان اودعه
وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وبا في كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

كتاب الهبة

ذكرنا

ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها جلب المحبة وهي في اللغة عبارة عن ايصال الشيء
الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض وهو
عقد مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا وعلى هذا ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب
والقبض والقبول وهذا خلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف
ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له
فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا
بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة اي
لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق ولانه عقد تبرع وعقد التبرع
لم يلزم به شيء لم يتبرع به وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه الزام التسليم ورد بان المتبرع
بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان تماما صورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه
الوضوء ومن شرع في صوم او صلاة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فان ما لا يتم الشيء الا به فهو
واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر او الشروع وما يتم الواجب الا به
فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا
يجب ما يتم به بخلاف الوصية فان الملك يثبت فيها بدون القبض لانه الزام في زيادة على ما تبرع به
وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم اهليته
اللزوم وهذا لو قطعوا قوله اليه الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه
بمجرد القول كالوصية لحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في
نفسه غير لازم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتايد
به وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لكون الموت منافيا للمالكية فصح الالحاق
قوله وحق الوارث متاخر جواب عما يقال الوارث اليه وتقريره ان حق الوارث متاخر عن الوصية
فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا يعتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها
فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان
ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في
ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق بالاتفاق والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا وهو
وجه الاستحسان في الاول ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو
ثبوت الملك يتوقف عليه فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض
لا بقوله القبول والمقصود منه اي مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك
يكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا للمقصود ويكون اذنا دلالة في القبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا
التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه فان قيل يلزم على هذا ما اذا
نهى عن القبض فان التسليط موجود ولم يجز القبض اجاب بقوله بخلاف ما اذا نهاه يعني صريحا في المجلس
لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح وفيه بحث لان الاول لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد
المجلس كالبيع والثاني ان مقصود البايع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول والمبيع
حاضر لم يجعل ايجاب البايع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه جاز له ان يسترده
ويحبسه للثمن والجواب عن الاول ان الايجاب من البايع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس وفي
الهبة وجد عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بانا لا نسلم ان مقصود البايع من عقد البيع

ثبوت الملك للمشتري بل المقصود منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا معتبر به قال وتنعقد
الهبة بقوله وهبت هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول في قوله لان الاول
صريح فيه والثاني مستعمل فيه وكلامه واف لافادة المطلوب سوى الفاظ نذكرها قوله نحلت
نحلت مثل هذا روي النعمان بن بشير رضي الله عنه قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امي الا ان
تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره
فقال الك ولد سواه فقال نعم فقال او كل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور فتركه صلى الله عليه
وسلم ولعقبك من بعدك اي ولورثته المعمر له من بعد المعمر يعني يثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من
شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صريحا ابطل شرطه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله ولان حرف اللام للتمليك
لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني انه تصرف في المنافع فيكون عارية الا ان يقول لصاحب الدابة اردت
الهبة لان اللفظ قد يذكر للتمليك فاذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت بنيته لانه تعالى هذا
بيانه ما تقدم في العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك
المنافع مجازا لما اشرنا اليه هنالك من قوله لانهما لتمليك العين يعني في العرف فاستعمالها في المنافع
مجاز عرفي فيكون قوله هاهنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة كاستعماله في الحقيقة العرفية
مجاز لغوي ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل يعني ما تقدم في كتاب العارية
من قوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة قوله ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة
انما هو بنصب هبة في الموضعين اما على الحال او التمييز لما في قوله داري لك من الابهام وقوله لان
العارية محكم في تمليك المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز ان يقال سكنى لا يحتمل الا العارية
فعبر عنه بالعارية ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو
تنبيه على المقصود انه ملكه الدار ليسكنها وهو معلوم فان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك
بمنزلة قوله هذا الطعام تأكله وهذا الثوب تلبسه فانه شاور في مشورته وفعل ما قال او اراد اشار
لم يقبل عارية وقوله هبة سكنى لانه تفسير والفرق بينهما ان قوله سكنى اسم فجاز ان يقع
تفسيرا لاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا
يصلح تفسيرا لقول المتكلم قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة الموهوب اما
ان يحتمل القسمة او لا وضابط ذلك ان كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصانا في ماليته لا يحتمل
القسمة فلا يوجب لانه يوجب بطلانها فالاول كالعبد والحيوان والبيت الصغير والثاني كالدار
والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وقوله محوزة احتراز عما اذا وهب التمر على
النخل دون النخل والزرع في الارض دونها فان الموهوب يجوز اي مقبوض لكنه متصل بغيره المشاع
فانه لو قبض التمر الموهوب على النخل ولكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره لا تجوز ايضا
لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا تجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها
فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم
ثم افرزه وسلمه صح ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة
في نفسها لكن توقف اثباتها الملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه لا يوصف
بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة
جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب لغير المقسوم فيما هو غير مقسوم
كذا لقلنا ما ليس ينبغي وتصحيحه بما ذكر وقال الشافعي رحمه الله هبة المشاع جائزة في الوجهين

جميعا

اي كالتبليل ان يكون عقد الهبة المشاع مفيدا للملك كذا ... ان يكون المشاع ١٢

جميعا لمعناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظاهر او عقد التمليك يصح في المشاع وغيره
كالبيع بانواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه
العقود بالاجماع فاذا باع وخلى بينه وبين المشتري خرج من ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري
وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا وخرج عن ضمان البائع ودخل في ملك المشتري حين
القبض وكذا يصلح المشاع ان يكون راس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما فهذا
لجوازه باعتبار انه مشاع فالحكم اي حكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو
قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عبارة عن القابلية او لانها من لوازمها فكان العقد
صادرا من اهله مضافا الى محله فلا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه
عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشيوع مبطلا اجاب بقوله ولكونه تبرعا يعني لم نعهد كونه
مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا
عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على
ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا قلنا ان القبض في الهبة منصوص عليه لما روينا
من قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه لما روينا من قوله
والمنصوص عليه يشترط كماله لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده وقبض المشاع
ناقص لانه لا يتكامل الا بضم غيره اليه اي بضم غير الموهوب الى الموهوب لان الغير غير موهوب وغير
ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من
وجه دون وجه وفيه شبهة العدم المنافية للاعتناء بشانه ولانه في تجويزه الزام الواهب
شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ونحو ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل ضرر مرضي لانه
اقدم على هبة المشاع بدليل على التزام ضرر القسمة والضار من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بانه
المرضي منه ليس القسمة ولا يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة
ولا يستلزمها وهذا اي ولان في تجويز هذا العقد الزام ما لم يلتزم امتنع جوازه قبل القبض لئلا
يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة فان قيل لزمه المهاياة وفي ايجابها الزام ما
لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة كذلك اجاب بقوله والمهاياة تلزمه فيما لم
يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين وتقريره ان نقول الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة
ان كان مما يعجز عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بغير ما يتبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه
بذلك ويندفع التحكم بان نصير الى ذلك الزام زيادة عين وهي اجرة القسمة على العين الموهوبة
عن ملكه وليس في غير ذلك لان المهاياة لا يحتاج اليها ولا يلزم ما اذا اتلف الواهب الجوهر بعد
التسليم فانه يضمن مثله للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة عين ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بالعقد
التبرع قوله والوصية جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره ان الشيوع مانع فيما يكون القبض
من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك والبيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف
والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في الصرف
منصوص عليه بالاستثناء لحديث ابي سعيد فيما يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء
وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولانها عقود ضمان فناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة
فان قيل اذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة وما جازت فالجواب سيأتي والقرض تبرع من وجه
بدليل انه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه فان المستقرض مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع

فلشبهه بالوقف

شرطنا القبض فيه ونشبهه بعقد الضمان لم يشترط فيه القبض عملا بالشبهين على أن القبض فيه ليس
منصوصا عليه حتى يراعى على الكمال ولو وهب من شريكه لم يجز وإن لم يلزم فيه مؤنة القسمة لأن الحكم
يدار على نفس الشيوع فإنه يمنع كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال وكأنه إشارة
إلى الوجه الأول وأعلى ذلك قيل الوجه الثاني غير منتشر في جميع الصور فلا يكون صحيحا وهو غلط
لأنه علة نوعية لإثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص شخص ومن وهب شقصا مشاعا
فالهبة فاسدة أي لا يثبت الملك بها على ما تقدم من توجيه قوله ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة
وقوله لما ذكرنا إشارة إلى ما ذكر في الوجهين وإن كانت معلومة من ذلك لكن أعادها تمهيدا لقوله
فإن قسمه وسلمه جاز لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع وبه يتبين أن المانع من الشيوع إنما
ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها
جملة جازت قال ولو وهب دقيقا في حنطة بنى كلامه ههنا على أن المحل إذا كان معدوما
بحالة العقد لم ينعقد إلا بالتجديد بخلاف ما إذا كان مشاعا فإنه ينعقد إلا أنه لا يحتاج إلى التجديد
وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية دون المعدوم وهذا مما يرشدك أن مراد المصنف رحمه
الله بقوله لا يجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة وقوله لأن امتناع الجواز للاتصال هو
عدم إفادة ثبوت الملك فلا يتوهم أنه اختار قول من ذهب إلى عدم الجواز لأنه لو كان باطلا
لاحتاج إلى تجديد العقد عند الإفراز في المشاع كما في المعدوم وإنما جعل الدهن في السمسم
والدقيق في الحنطة معدوما لأنه ليس بموجود بالفعل وإنما يحدث بالعصر والطحن ولا
معتبر بكونه موجودا بالقوة لأن عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة وكذا إذا كانت العين
في يد الموهوب له لا يحتاج إلى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض فإذا وجد القبض
أمانة جاز أن ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما إذا باعه منه لأن المبيع في القبض مضمون
فلا ينوب عنه قبض الأمانة والأصل في ذلك أن المتجانسين يتحدان نيابة أحدهما عن الآخر
وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإن كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية فوهبه
إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس بقبض ضمان وكانا متجانسين ولو كان
بيده مغصوبا أو مبيعا فاسدا فوهبه إياه لم يحتج إلى التجديد لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف
ولو كانت وديعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض
الضمان ومعنى تجديد القبض أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي الوقت يتمكن فيه من
قبضها وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد والقبض فيه بالإعلام ما وهبه
له وليس الإشهاد بشرط لأن فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد
إدراك الولد لأنه أي لأن الموهوب في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة ولا يبالي المودع كيف
بخلاف ما إذا كان مرهونا أو مغصوبا أو مبيعا بيعا فاسدا لأنه في يد غيره أو في
ملك غيره يعني في الأخير والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها
والأب ميت ولا وصي له وقيد بقوله وهو في عيالها لكون يدها عليه نوع ولاية وقيد بموت الأب
وعدم الوصي لأنه عند وجودهما ليس لها ولاية القبض وكذا كل من يعوله كالأخ والعم والأجنبي
جاز له قبض الهبة لأجل اليتيم قيل أطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الإيضاح ومختصر الكرخي أن
ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه والجد أب الأب بعد الأب
ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم

محرم منه أو أجنبيا لأنه ليس له ولاية التصرف في ماله وقيام ولاية من يملك التصرف في
ماله يمنع ثبوت حق القبض له فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله
لثبوت نوع ولاية له حينئذ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع تعليما فهذا القدر يطلق
حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة وأرى أنه لم يطلق ولكنه أفصح في التقييد وذلك لأنه
قال وكذلك كل من يعوله فهو معطوف على قوله وكذا إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله
والأب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضا لكنه اقتصر على ذكر الأب ووصيه لأن
الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام لأنه يملك الأمر الدائر بين النفع والضر والنفع المحض
أولى بذلك قال وإذا وهب لليتيم هبة إذا وهب لليتيم مال فالقبض إلى من له التصرف
في ماله وهو وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه لأن لهم الولاية على اليتيم لقيامهم مقام
الأب وإن كان اليتيم في حجر أجنبي يربيه لأن له يدا معتبرة ألا ترى أن أجنبيا آخر لا يمكن من نزعه من
يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الأربعة المذكورة وإن قبض الصبي
الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لأنه نافع في حقه وهو من أهله أي من أهل مباشرة ما يتمحض نفعا له
فإن قيل عقل الصبي إما أن يكون معتبرا أو لا فإن كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه وإن كان الأول
وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أهليته فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما
نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار الخلف توفير أيضا لأنه ينفتح به باب آخر لتحصيله
فكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبر في المتردد بين النفع والضر فسد الباب المضرة إليه لأن عقله
قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الأمور فلا بد من جبره برأي الولي وإذا وهب
للصغيرة هبة بعد ما زفت إلى زوج فأما إن زفت إليه أو لا فإن كان الأول جاز قبض زوجها لها لأن
الأب قد فوض أمورها إليه حيث زفها إليه وهي صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ
مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الأب حتى لو قبضه جاز وكذا لو قبضت
بنفسها وأطلق المصنف رحمه الله عن كونها مع مثلها لأنه هو الصحيح ومنهم من قال إذا
كان ممن لا يجامع لا يصح قبض الزوج عليها وحضور الأب لا يمنع عن ذلك فإنه يملكه وإن حضر الأب
في الصحيح وهو احتراز عما ذكر في الإيضاح أن قبض الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حيا
بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها فإنهم لا يملكون إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة
لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله
يملكه مع حضرة الأب كما ذكرنا قال صاحب النهاية وإنما قلنا هذا لأن في قوله بخلاف الأم وكل
~~وكل من يعولها غيرها لأن تصرفهم للضرورة لا بتفويض ولا ضرورة مع الحضور وقوله في~~
~~الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الأب كما ذكرنا قال صاحب النهاية وإنما قلت هذا لأن في~~
~~بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها~~ حيث لا يملكونه إلا بعد الموت أو غيبته غيبة منقطعة إشارة
رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها وإن كان الثاني فلا معتبر بقبض الزوج
لها لأن ذلك بحكم أنه يعولها وأن له بحكمها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف قال وإذا
وهب اثنان من واحد دارا جاز لانتفاء الشيوع لأن الشيوع إما أن يكون بالتسليم أو بالقبض
وهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وإن كانت بالعكس لا يجوز عند أبي حنيفة وقالا
يجوز لأن هذه هبة الجملة منهما لاتحاد التمليك ولا شيوع في هبة الجملة كما إذا رهن من رجلين
بل أولى لأن تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة

دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين بما اولى لان باعتبار الشيوع في الرهن جاز والهبة اولى
ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم
فقبل احدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان الاستحقاق
من جانب التمليك ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع
وهو يمنع القبض على سبيل الكمال والقبض مع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك
مشاعا وهو حكم التمليك يثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا اشتداد لاصحاب
الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعا واما اذا
حصل في احدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعا
ووجه ذلك ان يقال ان سلمنا ان الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين واما ان المانع هو
لحاق ضمان القسمة المتبرع فقد تقدم حاله والتعليل الآتي مختص فيه بالحكم يدور على نفس الشيوع المانع
القبض به قوله بخلاف الرهن جواب عما استشهدا به ووجهه ان حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه
بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وذكر رواية
الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينهما وبين رواية الاصل وذلك لان رواية
الجامع الصغير يدل على ان الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز
الهبة ورواية الاصل يدل على انه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع يمنع القبض
على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى
وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص ولا شيوع فيها واما الهبة فيراد
وجه الغني والفرض انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتأويل ما ذكر في الاصل الصدقة
على غنيين فيكون مجازا عن الهبة ومجوز المجاز ما ذكر في الكتاب ان كل واحد منهما تمليك
بغير بدل **قال** ولو وهب لرجلين دارا اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتدا
او بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل في الهبة اما ان يكون
بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه ولهذا ثلثه او بالتساوي كقوله لهذا نصفه ولهذا
لك نصفه ولآخر كذلك فلم يذكره في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا
مر على اصله وفرق ابو يوسف رحمه الله بين المساواة والمفاضلة ففي المفاضلة لم يجوزه وفي
المساواة جوزه في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن ابي يوسف فيه روايتان
هكذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها
وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدا ونقل عن تمام الشيخ من الذخيرة
ولا يحتاج وغيرهما انه لم يجز بالخلاف وليس بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفضيل بعد
الاجمال فالظاهر انه ليس ابتداء والفرق لابي يوسف ما ذكر في الكتاب ان بالتنصيص على الابعاض
يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفضيل بالتفضيل
وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز واما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن اصله
وهو اصل محمد فليست محتاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل ان في قوله ان بالتنصيص
على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض نوع اختلال حيث لا يجري ما ذكر في موضع خلافه
من الابعاض ومالنا فيه خلاف من الايجاز فانه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما
في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز وانما لا يجوز عنده بالتنصيص على الابعاض

بالتنصيف

بالتنصيف ابتدا الى ما تقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على عدل فيه عن اصله والمذكور في
الكتاب يدل عليه واما صورة الجواز فليست محتاجة الى الدليل لجريانها على اصله ووضح
دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن
فانه ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض وخلا انه يستوي فيه المساواة
والمفاضلة بناء على اصل محمد ان يكون منتهى الجواز وعدمه في الهبة ايضا وهو ان التنصيف
اذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال
تملك كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا واذا خالفه كما في
التثليث كان معتبرا ويتعدد بتفريق العقد فكانه اوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع
حالا لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فانه في حالة التفصيل فيه مخالف الاجمال لانه
عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت والله اعلم

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم وكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن
ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيانه واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع
فيها والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج ما كان ذا رحم وليس بمحرم
كبني الاعمام والاخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي ودخل بالمذكر في قوله
وهب واجنبي الزوجان ولا بد من قيد اخر بين احدهما وسلمها اليه والثاني لم يعتبر
من موانع الرجوع حتى حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثناء الكلام
وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب في هبته الا
الوالد فيما يهب لولده روى ابن عمر وابن عباس ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي
ما يضاده قوله بخلاف هبة الوالد لولده جواب عما يقال هذه العلة موجودة في هبة
الوالد للولد وتقريره انا لا نسلم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزءه له قوله على اصله
اي على اصل الشافعي فان من اصله ان للاب حق الملك في مال الابنه لانه جزءه او كسبه
فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب احق
بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لانه لا يجوز ان يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون
حجة لان ذلك لا يصح لان قوله احق يدل على ان لغيره فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه
لو كان كذلك لكان لا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق قبله وان شرط العوض ولان
المقصود في الهبة هو التعويض للعادة الظاهرة ان الانسان يهدي لمن فوقه ليصونه بجاهه
والى من دونه ليخدمه والى من كان نديته ليعوضه واذا نظر في الخلق فيها هو المقصود من العقد
يثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فيثبت له ولاية الفسخ عند فوات
المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما يصله روى نفي استبداد الرجوع يعني لا يستبد
الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء او رضي الا الوالد فان له ذلك اذا احتاج

اليه لحاجته وسمي ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم وقوله في الكتاب اي
القدوري فله الرجوع لبيان الحكم واما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد
في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه لا لحرمته بدليل قوله صلى الله عليه وسلم في حديث
آخر العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه حيث شبهه بعود الكلب في قيئه وفعله لا يوصف بالحرمة
ثم للرجوع موانع ذكر بعضها يعني القدوري وقد جمعها القائل في قوله موانع الرجوع اي
في فصل الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه فالدال للزيادة والميم موت الواهب او الموهوب
له والعين للعوض والخاء للخروج عن ملك الموهوب له والزاي للزوجية والقاف القرابة
والهاء هلاك الموهوب ذكر المصنف فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تزداد
متصلة ولا بد من قيد آخر وهو ان يقال يورث زيادة في قيمة الموهوب اما اشتراط الزيادة
فلان النقصان لا يمنع الرجوع واما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع واما
اشتراط الاتصال فلان الزيادة المنفصلة لا تمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب
الرجوع فيها واما قيد المتصلة فلانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل
ولا معها لعدم دخولها تحت العقد واما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو
لم تكن كذلك كما اذا كانت نقصانا في الحقيقة كالاصبع الزائدة
مثلا وطولها لفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في ان الزيادة المتصلة تمنع
الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمنفصلة بالعكس واجيب بان الرد في المنفصلة اما
ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما
ان تكون مقصودة بالرد او بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد
العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثاني لانه يبقى
الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في
يد الموهوب له مجانا لم يفض الى الربا واما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن
حصلت على ملكه وكان فيه اسقاط حقه برضاه فلم تكن الزيادة مانعة عنه بخلاف
الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة واذا مات احد
المتعاقدين بطل الرجوع ايضا لانه اذا مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة
وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حياته وان مات الواهب فوارثه اجنبي عن
العقد اذ هو ما اوجبه وكذلك اذا خرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل
بتسليطه ولا يتجدد الملك بتجدد سببه وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل
العين لم يكن له الرجوع فكذلك في تبدل السبب قال واذا وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت
من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والاري وهو المعلف عند العامة وهو المراد
عند الفقهاء وعند العرب الاري الاخية وهي عروة حبل تشد اليها الدابة في محبسها فاعول من
تأرى بالمكان اذا اقام فيه وقيد بقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الحال الا ان ما لا
يكون كذلك او كان ولكن لعظم المكان يعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه
واضح وقوله واذا قال الموهوب له للواهب بيان الالفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة
ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع واما اذا وهب من الواهب شيئا ولم

يعلم

يعلم الواهب انه عوض هبته فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته وليس من شرط العوض
ان يساوي الموهوب بل القليل والكثير والجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة
فلا يتحقق فيها الربوا ولا ان يختص العوض بعلى الموهوب له بل لو عوضه عنه اجنبي متبرعا
صح واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع
والصلح لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط ان لا يكون
العوض بعض الموهوب مثل ان يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها او الموهوب الفا
والعوض درهما منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم ان الرجوع لكذا نهدد ولعله ان
الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر امواله فلم يلتحق بعوض ان قيل هل في قوله متبرعا
فائدة او ذكره اتفاقا اجيب بان فيه من اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما
بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المامور بذلك من الموهوب له اولى ان يبطل لان
الموهوب له يؤدي الى المعوض بما امره به ظاهرا فصار كتعويضه بنفسه ولو عوضه بنفسه
لم تبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذا اذا عوض عنه لا يرجع عليه بالعوض سواء كان
بامره او بغير امره ما لم يضمن الموهوب له صريحا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان
بامره فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان امره بذلك امرا بالتبرع بمال
نفسه على غيره وكذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن وان استحق نصف الهبة رجع بنصف
العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان
يرد ما بقي ثم يرجع عند علمائنا الثلاثة وقال زفر يرجع بنصف العوض قياسا على احد العوضين
على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض اذا استحق بعض
احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بما يقابله ولنا ان الباقي يصلح ان عوضا
عن الكل من الابتداء وما يصلح عوضا ان يكون عوضا عن الكل حتى لا ... يصح عوضا ان
يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء اسهل من الابتداء لان ما يصلح ان يكون عوضا عن الكل
في الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق ظهر انه لا عوض من الابتداء
الا هو وعورض بان الغرض انما هو عوض واجزاء العوض ينقسم على اجزاء المعوض فاذا كان الكل
في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء
واجيب بان ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شيء
من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا
لانها تتم مبادلة فتوزع البدل على المبدل والجواب عن قياس زفر ان المعوض تملكه الواهب
العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام واما الواهب فيما نحن فيه
اثبتا من غير ان يقابله شيء ثم اخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على اجزاء
الحكم قوله وان لم ... الا ان الواهب يخير بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين
ان يمسكه ولا يرجع بشيء لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله
ان يرد ما بقي من العوض ... والموهوب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف
الذي لم يعوض لان المانع يخص النصف غاية ما في الباب انه لزم من ذلك الشيوع لكنه
طارئ فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم ان العوض لاسقاط الحق
فيجب ان يعمل في الكل لئلا يلزم تجزي الاسقاط كما في الطلاق اجيب بانه ليس باسقاط من كل

وهو لما تقدم ان فيه معنى المقابلة يجوز التحري باعتبار وبخلاف الطلاق قال ولا
يصح الرجوع الا بتراضيهما لا يصح الرجوع في الهبة الا بالتراضي او بالقضا لانه مختلف فيه
قبل لانه له الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه
في ابطال حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه ترجيه يتقوى بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا
لم يثبت حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر لما تقدم غير مرة والحل مطلقه على اختلاف الصحابة
رضي الله عنهم اثبتت قوله وفي اصله وفي اصل الرجوع ضعف لانه ثبت بخلاف القياس
لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع قال في المغرب
الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وبخلافه ما ليس بخطأ
قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفا لان مقصوده منه ان كان الثواب قد يحصل وان كان
العوض لم يحصل فاذا تردد لا بد من الفصل بالرضا او القضا حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه
قبل القضا نفذ ولو منعه فهلك قبله لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد
لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد الطلب لانه يتعدى واذا رجع
بالقضا او بالرضا كان فسخا من الاصل وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة
المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضا فهو كالبيع
المبتدأ والجواب ان التراضي على سبب موجب للملك انما هو على رفع سبب لازم يحمل العقد ابتدائيا
وههنا تراضيا على رفع سبب غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الاصل
حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع كما اذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ولو كان
الرجوع بغير القضا هبة مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتدا فصحته دليل على بقا العقد
في النصف الآخر والشيوع طارئ لا اثر له فيها وقوله لان العقد هو الدليل على المطلوب وتقريره
ان هذا العقد جائز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز
فسخه حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضا الا ترى ان يتعلل بالتراضي ما يفعل
القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق فيشمل التراضي والقضا وقوله بخلاف الرد جواب عن
قياس زفر وتقريره ان الرد بالعيب بعد القبض انما كان في صورة القضا خاصة لان الحق
هنالك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد بسلامة حقه له لا في الفسخ
لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لا يقتضي الفسخ فاذا تراضيا على ما يقتضيه
العقد من رفعه كان ذلك كابتدا عقد منهما واما القاضي فانما يقضي اولا بما يقتضيه العقد من
وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضا
فافترقا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان
بالقضا او بالرضا وفائدة هذا انه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني
في هبته كان للاول ان يرجع سواء رجع الثاني بقضا او بغيره خلافا لزفر في غيره واذا رد المبيع
بالعيب على البائع قبل القبض فللبائع ان يرده على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضا
فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب
له لم يرجع على الواهب بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضي السلامة
وهو غير عامل له اي للواهب احترازا عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للموهوب

في ذلك القبض بحفظها لاجله فانه قيد عتقه بان ما بيع الملك له في المحل واخباره بانه ملكه
والغرور يوجب الضمان كالبائع اذا غر المشتري اجاب بان الغرور في ضمن عقد المعاوضة
سبب الرجوع مطلقا وقد تقدم وذكر في الذخيرة ان الواهب لو ضمن سلامة الموهوب
للموهوب له نصا فانه ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب فلم يذكره المصنف فكان سبب
الرجوع اما الغرور في ضمن المعاوضة او بالضمان نصا قال واذا وهب بشرط العوض مثل ان
يقول وهبتك هذا العبد على ان تهب هذا العبد لي ان يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتدا وانتهاء
بالاجماع اما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتدا فيعتبر التقابض في العوضين لم يثبت
الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار في حكم
البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانها بيع انتهاء وقال زفر والشافعي
رحمهما الله هو بيع ابتدا وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في
العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا انه اشتمل على
جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكلما اشتمل على جهتين
امكن الجمع بينهما وجب العمل بهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما اما
انه مشتمل على الجهتين فظاهر واما امكان الجمع فما ذكر بقوله لان الهبة من حكمها تاخر الملك
الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد
يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المنافاة امكن الجمع لا محالة فعملنا
بهما واعتبرنا ابتداءه بلفظه وهو لفظ الهبة وانتهاءه بمعناه وهو معنى البيع وهو التمليك
بعوض كالهبة في المرض فانها تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل
بعدم القبض ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون الثلث بعد الدين
وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ فاوجبنا اعتبار المعنى الا اذا لم
يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون
مالكا لنفسه

فصل من هذا الباب

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها
في فصل على حدة قال ومن وهب جارية الا حملها اعلم ان استثنا الحمل على ثلاثة اقسام
قسم منها ما يجوز فيه اصل العقد ويبطل الاستثنا وقسم يبطلان فيه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه
جميعا فالاول انما نحن فيه من الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه اذا وهب
الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثنا لان الاستثنا لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة
لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لا
يصح وكذا اذا استثنا على ما مر في البيوع فان لم يكن صحيحا عاد الاستثنا شرطا فاسدا
لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثنا خلافا لمقتضى
العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشرط الفاسد على ما سيجي وطولب بالفرق

بالحمل وبيع الصوف على الظهر واللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا
دون الحمل واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف
واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف
الجزاز في الصوف والحلب في اللبن قوله وهذا اي صحة اصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم
في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة وقوله بخلاف البيع والاجارة
والرهن اشارة الى القسم الثاني لانها تبطلها اي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو
في الوصية وسنذكره فيها وكذا عتق ما في بطنها وكما جازت الهبة لانه لا يتعلق الجنين على ملك الواهب
يحتمل وجه عند بالالحاق فلم يكن هبة مشاع فيكون جائزة واشبه الاستثناء في امكان تجويز الهبة
وان دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء في التجويز لا بالجواز
في الاستثناء كان باطلا وجعل الحمل موهوبا وههنا التدبير يمنع من ذلك فبقي هبة المشاع وفي لا
يجوز فان قيل الحمل هبة مشاع كما قلنا لاحتمال التسليم والحمل بين اجيب بان عرضية الانفصال
ثابت في الحال لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع
يحتمل القسمة وكان المصنف رحمه الله لما استشعر هذا السؤال اردفه بقوله او هبة شيء مشغول بملك
الواهب فهو كما اذا وهب الحنطة في طعام الواهب وذلك لا يصح لكونه مشاع يحتمل القسمة قوله قيل يحتمل
ان يجعل مسألة التدبير متشابهة بالاستيلاد ومسألة الاعتاق غير متشابهة فلذلك تغير الرد في الاستثناء
الحكم بالدلائل بعد الشك فان ارتحنا بهذا التفسير يورث التسجيح ومسألة التدبير كذلك فكانتا
متشابهتين والاعتاق لا يورث ذلك فلا يشابه والمصنف اراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسألة الاعتاق
تشابه في جواز الهبة والتدبير لا يشابهه كما تقدم فان وهب له على ان يردها عليه او على ان يعتقها
او على ان يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه لانه
ان رد عليه لا يستلزم كونه فاما كونه عوضا فما هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشرط لانه شرط
فاسد مخالف لمقتضى العقد لانه مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد
والاعتاق وغير ذلك يتقيد بها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة واصل ذلك ما روي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر رجوعها اليه بعد موت المعمر وجعلها
ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها قال ومن
له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او فهي لك او انت بريء او قال اذا اديت الى النصف فلك نصفه
او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لانه يرتد بالرد واسقاط من وجه لانه
لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من
وجه اسقاطا من وجه والتعليق بالشروط مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق
والعتاق فلا يتعداها الى ما فيه تمليك فان قيل لو كان هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول لكان
منقوضا بدين الصرف والسلم فان رب الدين اذا ابرأ المديون منه او وهبه له يتوقف على قبوله
بان توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض
المستحق بعقد الصرف واحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا يتوقف على القبول وقوله قلنا انه يرتد بالرد
يعني ان ابراء لا ان تعمل الرد في المجلس وغيره وهو المروي عن السلف وقال بعضهم يحتاج ان يرده في
مجلس الابراء والهبة وقوله بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة
ما لا يحلف بها كالابراء عن الدين فانه يصح تعليقه بالشرط مع انه اسقاط محض ولهذا لا يرتد بالرد
تخلف بها كالطلاق والعتاق والعمرى جائزة للمعمر له في حال حياته ولورثته بعده لما روينا انه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى والشرط
وهو قوله واذا مات ترد عليه باطل لما روينا انه صلى الله عليه وسلم ابطل شرط المعمر وبطلانه
لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك
هبة والرقبى وهو ان يقول الرجل لغيره داري لك رقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لا يفيد ملك الرقبة وانما يكون عارية عنده يجوز للمعمر ان يرجع فيه ويبيعه في اي وقت شاء
لانه يتضمن اطلاق الانتفاع وعند ابي يوسف رحمه الله جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله
رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى ماخوذا من المراقبة وان كان الرقبى ماخوذا
من الرقاب فكانه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى ولهما ما روى الشعبي عن شريح ان النبي صلى
الله عليه وسلم اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان يقول ان مت قبلك فهي لك
اخذت من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلا وقوله ولان معنى الرقبى
عندهما يشير الى ان ابا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو ان جعلها من
الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد من ائمة اللغة بعد
اشتقاقها الاصل لما عنه مندوحة ليس بمستحسن فان قيل فما جوابهما عن حديث جابر رضي الله عنه ان
النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى والرقبى اجيب بانه محمول على انه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقبى
بوجه متنفر الوجه واضح
فاجاب بجوازه

فصل في الصدقة

لما كانت الصدقة لا تتم الا مقبوضة لانها تبرع كالهبة فلا تجوز فيما يحتمله القسمة مشاعا لما
بينا في الهبة ان الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد
حصل فصار كهبة عوض عنها وفيه تامل فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله ليس بواجب
فلا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال المراد به حصول الوعد بالثواب واذا تصدق على غني بطل الرجوع
استحسانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض منه حصول العوض ووجه الاستحسان ان الصدقة على
الغني قد يراد بها الثواب واذا وهب لفقير كذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا
ذهب بعض اصحابنا الى ان الهبة والصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع كما انهما سواء في حق الفقير عند
ولكن العامة قالوا في ذكر لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغني لا ينافي القربة
قوله ومن نذر ان يتصدق بماله
الى آخره ذكرناها في المسألة مع وجوهها
في مسائل القضاء فلا حاجة الى الاعادة ههنا

كتاب الاجارة

لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع بعوض
وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر معنى الاجارة
شريعة ولغة وانما جمعها اشارة الى ان لها انواعا حقيقة وذوات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان
كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصارة
والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل احد لا يقدر على دار يسكنها
وحمام يغتسل فيها وابل يحمل امواله الى بلد لم يكن يبلغه الا بشق الانفس وسببها ما مر غير مرة من
تعلق البقاء المقدر بتعاطيها واما شرطها فعلومية البدلين واما ركنها فالايجاب والقبول بلفظين
ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة واما حكمها ودليل شرعيتها فسنذكره ان شاء الله تعالى
قال الاجارة عقد على المنافع بعوض بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي
بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي اولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهي غير موجودة
في الحال يقتضي القياس عدم جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا
بالاثر ومن الآثار الدالة على صحتها ما ذكر في الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعطوا الاجير
اجره قبل ان يجف عرقه فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد وقوله صلى الله عليه وسلم
من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وفيه زيادة بيان ان معلومية الاجر شرط جوازها وتنعقد الاجارة
ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لانها هي المعقود عليه فالملك في البدل ايضا يقع ساعة
فساعة على حسب حدوثها لكيلا ينفرد بدلها وهو الاجرة فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يتمكن من الرجوع
في الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد فيها واذا استاجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب
بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول الزاما للعقد في الثاني
المعاني ثم عمله يظهر في حق المنفعة يعني يتراخى حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة ملكا واستحقاقا
يعني يثبتان معا حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين فان الملك فيه يثبت في الحال ويتاخر الاستحقاق الى
نقد الثمن وجاز ان ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار ولا تصح الاجارة حتى تكون المنافع
معلومة لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره فانه كما يدل بعبارته
على كون معلومية الاجرة يدل باشارته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه في المنافع
الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالتبع كالثمن في البيع فاذا كان معلومية
التبع شرطا كان معلومية الاصل اولى بذلك ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة
الثمن والمثمن في البيع وهو واضح وما صلح ان يكون ثمنا في البيع صلح ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة
معتبر بثمن المبيع وليس كلما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة لان بعض ما لا يصلح ثمنا كالاعيان التي هي ليست من
ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة يصلح ان يكون اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب
معين او بدابة ولا يصلح ثمنا وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم يصلح
العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على المال الذي هو ذوات التامرية
فاذا كان الاصل مختلفا جاز ان يتمثل بما ليس بعين فلهذا يمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع
كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمنا اصلا قوله فهذا اللفظ يريد به قوله وما جاز
ان يكون ثمنا ~~اجر فليتمثل بالمنفعة لما تصح اجرة اذا اختلف قوله وما جاز ان يكون ثمنا~~ في البيع
لا ينفي صلاحية غيره كما ذكرنا لانه يعني ما في تعتمد وجود المال والاعيان والمنافع اموال فجاز ان تقع
اجرة ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي فيعتمد وجود الاجرة ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه

مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف
الاجرة قال والمنافع تصير معلومة بالمدة قد تقدم ان المنفعة لا بد وان تكون معلومة
في الاجارة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة كان مقدار المنفعة
فيها معلوما وينتج اذا كانت غير متفاوتة باي شيء ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يبين افضى
الى النزاع المفسد للعقد فلا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها
العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها
مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع وبعضهم لان الظاهر في ذلك عدم البقاء الى
تلك المدة والظاهر مثل المتيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتابيد
يبطلها وجوزه آخرون منهم الخصاف رحمه الله لان العبرة في هذا الباب لصيغة كلام العاقدين
وانه يقتضي التوقيت ولا معتبر بموت العاقدين او احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة
يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امراة الى مائة سنة فانه متعة
ولم يجعل بمنزلة التابيد حتى يصح نكاحا وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا
موقتا اعتبارا للصيغة وقوله الا ان في الاوقاف فلا يجوز ان يكون استثناء من قوله اي مدة كانت
وانما لا يجوز في الاوقاف الاجارة المدة الطويلة وهي ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار كيلا
يدعي المستاجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف ان لا يوجر اكثر من سنة واما اذا اشترط فليس
للمتولي ان يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها
وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كما اذا استاجر رجلا على صبغ ثوبه وبين
الثوب ولون الصبغ وقدره او استاجر خياطا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة
او استاجر دابة للحمل والركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين
والاشارة كما ذكرنا في الكتاب

باب الاجر متى يستحق

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار وشرط وجب افرادها
بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال الاجرة لا تجب بالعقد قال صاحب
النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي
وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه
ما لم يقبض الثمن والصواب ان يقال معناه لا يملكه لان محمدا رحمه الله ذكر في الجامع ان الاجرة
لا تملك وما لا تملك لا يجب ايفاؤها فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم
منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم عليه اصلا قلت اخرج الكلام
مخرج الغالب وهو ان يكون الاجر مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي
الملك لا محالة وعلى هذا كان قوله يستحق بكذا يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس
العقد لانها لم يكن محل الخلاف منجزا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة
ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كانت دينا بدين

وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيما الحكم فيما لقابله من البدل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضرورة اذا ثبت تستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود العقد ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لذلك وكذا اذا شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس بشيء لان اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة ويعارض دليلنا بالابراء عن الاجرة والارتهان به والكفالة به فانها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ممنوعة وعند محمد رحمه الله لان العقد سبب في حق الاجرة اذا انعقد صار كانما تكلم به وعدم انعقاده في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة ~~فكان الانعقاد في حقه~~ [illegible] ويصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل او باشتراطه فكذا الرهن والجواب عن قوله ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام ان ذلك ليس بدين بدين لان الدين انما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على انه اقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن دينا بدين وكذا الجواب عن قوله وبيع لكونه اقامة السبب مقام المسبب فانا جعلنا المعدوم موجودا كما تقدم لكن قوله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر يعني اذا قبض المستاجر الدار ليبان ان التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا اكمال فعلى هذا كان او يقول باختلافه اربعة وان يقول وباستيفاء المعقود عليه او بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء حقيقة والتمكن منه يقوم مقامه احكاما وبدل احد الاقسام لا يجوز التمكن بدلا منه فاذا قبض المستاجر باجارة صحيحة ما استاجره ومضى زمن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب تسليم العين التي يحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين ولم يمنعه عن منافعه ولم يكن هناك مانع منه او من العين او من اجنبي بسلطان او غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان بزوال شيء منها زوال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين او سلمها مشغولة بمتاعه او سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثلا انه يستاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها او سلمها فارغة [illegible] استاجر دابة في بغداد الى الكوفة فسلمها الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة او سلمها فارغة في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه عنها [illegible] لا عذر فيها لكن منعه السلطان او غصبه غاصب ولم يكن شيء من ذلك اصلا ولكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف ساكت عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار واعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على انه يباشر العقد الصحيح والفاسد

عنه بمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مانعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذلك اعتمادا على علمهما ووجود المانع في بعض المدة والمكان يسقط الاجر بقدره لوجود الانفساخ في ذلك القدر قال ولكن يحتاج الى ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال لا يخلو من ان يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد او لا فان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان او اقل او اكثر لانه بمنزلة التاجيل اذ الاستحقاق يتحقق عند استيفاء المنفعة تحقيقا للمساواة والتاجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثاني فللموجر ان يطالب باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك اجارة الاراضي وان استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود يستكفي يوم وهذا قول ابي حنيفة اخرا وكان يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في مدة لا تكون حصة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه لما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجر قبل الفراغ كما سياتي فان قيل قال المصنف فلا يتوزع الاجر على اجزائها يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء العوض ينقسم على اجزاء المعوض وقياس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لان في المنافع كلما استوفى المستاجر بعضها فيلزمه العوض بقدره وكذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا فالجواب ان اجزاء العوض ينقسم على اجزاء المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياط وجد تقديرا لان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على ان المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا البتة لم يكن للرجوع عنه وجه ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق ساعة فساعة تحقيقا للمساواة بين البدلين لان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيرها فيتضرر به بل المطالبة حينئذ تفضي الى عدمها فان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع بامر من جهة الموجر فيمتنع الانتفاع من جهته فيمتنع المطالبة وما افضى وجوده الى عدمه فهو منتف فيقدر بما ذكرنا من اليوم في الدار والمرحلة في البعير وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل كله لان العمل في البعض غير منتفع به وغير المنتفع به لا يستوجب به الاجر وهذا يشير الى انه لو كان ثوبين ففرغ احدهما جاز ان يطلب باجرته لانه منتفع في البعض غير منتفع به وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا انه غير منتفع به الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم قال في النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية وذكر كل ذلك نقلا بدلا على ان من استاجر خياطا يخيط له في بيت المستاجر قله الاجر بقدر ما خاط ونقل عن الذخيرة يجب على الموجر انه الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الحمال ثم قال ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب التجريد ابا الفضل الكرماني في هذا الحكم قال وقول كلام صاحب الذخيرة

على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك
إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة لم يبين الكم مثلا أو للبدن أو للكمين وأما لحصة معلومة كان صح
من كل الثوب عادة فلم يكن لحصته معلومة إلا بتعيينها وحينئذ تصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة
معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجره كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف رحمه الله والقائل
قال ومن استأجر خبازا ليخبز له ذكر هذه المسألة لبيان حكمين أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة
حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسألة الخياط آنفا والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون فإذا
استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور لأن
استحقاق الأجر بتمام العمل وتمام العمل بالإخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج لا أجر
له للهلاك قبل التسليم فإن قيل الخبز في بيته يمنع أن يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو أجير واحد
واستحقاقه الأجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل أجيب بأن أجير الواحد من وقع العقد في حقه
على المدة كمن استأجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيرا مشتركا توقف
استحقاقه على فراغ العمل فإن أخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الأجر لأن عمله
تم بالإخراج فالتسليم وجد بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لأنه لم يوجد منه جناية توجبه
قال المصنف رحمه الله وهذا أي قوله لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه أمانة في
يده ولا ضمان على الأمين وعندهما يضمن لأن العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب ولا يبرأ
إلا بحقيقة التسليم والوضع في بيته ليس كذلك ثم إذا وجب الضمان لأن صاحب الدقيق بالخيار
إن شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر ولا ضمان عليه في الحطب والملح
عندهما لأن ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماد لا قيمة له قال في
النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري وأما عند غيره فهو مجرى على عمومه بأنه
لا ضمان بالاتفاق أما عنده فلأنه لم يهلك من عمله وأما على قولهما فلأنه هلك بعد التسليم وهذا
يتم إن كان الوضع في بيته تسليما ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فعليه تغريفه أي
القصاع لأنه من تمام عمله عرفا وإن استأجره في طبخ قدر حاجته فليس عليه الغرف ومن استأجر إنسانا
ليضرب له لبنا استحق الأجر عند أبي حنيفة رحمه الله بإقامتها فإن أفسده المطر قبل ذلك أو انكسر فلا
أجر له لأنه لا يصير تسليما ما لم يصر لبنا وما دام على الأرض لم يصر لبنا وقالا لا يستحقه حتى يشرجه
أي ينضده بضم بعضه إلى بعض لأن التشريج من تمام عمله عرفا وباقي كلامه ظاهر قال وكل صانع الصباغ صح
لعمله أثر في العين كالقصار وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى
يستوفي الأجرة لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهذا ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء
البدل فالوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فإن قيل فعلى هذا التقدير يكون حبس العين ضرورة له
فلا يتعدى إلى عدم الضمان ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه فالجواب ما أشار إليه بقوله لأنه غير متعد
يعني أن الضمان لا يلزم إلا على المتعدي وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان لكنه لا أجر له لهلاك المعقود عليه
قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار إن
شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وإن شاء ضمنه معمولا وله الأجر وسنذكره في باب ضمان الأجير وكل صانع
ليس لعمله أثر في العين كالحمال والملاح فليس له أن يحبسه لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في
العين بل العين قائم بالعامل ولهذا لا يعبر عنه بالحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني إذا لم يكن في خ
ثمة من النشا وغيره شيء أزاله الوسخ بالماء وأما إذا كان ففي مسألة القصار وهذا اختيار بعض المشايخ

اختاره

اختاره المصنف رحمه الله وذكر في المبسوط وجامع قاضي خان أن إحداث البياض في الثوب بإزالة
الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين قيل وهو الأصح لأن البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله قوله وهذا مستترا صح
بخلاف الآبق جواب عما يقال الآبق كان على شرف الهلاك وقد أحياه برده فكأنه باعه منه فله حق الحبس
وهذا الذي ذكرنا يعني حق الحبس للصانع بالأجر فيما إذا كان لعمله أثر هو مذهب العلماء الثلاثة وقال
زفر وقيل هو مذهب الشافعي رحمه الله ليس له حق الحبس في الوجهين يعني في عمله فيه أثر وفيما لم الذي صح
يكن لأنه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بمحله والمسألة المصاحبة لا يتصور حبسها لو عمل في
بيت الصاحب والجواب أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم
من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم فلا يسقط حق الحبس ونظير ذلك الوكيل إذا نقد
الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبسه وقد تقدم وصار كقبض المشتري المبيع بغير
رضا البائع فإن للبائع أن يحبسه وإن سلمه المشتري لكونه بغير رضاه قال وإذا شرط على
الصانع أن يعمل بنفسه وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير
هو مثل أن يقول أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلا وإليه أشار المصنف بقوله أن يعمل بنفسه
فليس له أن يستعمل غيره لأن المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة
في محل بعينه كأن استأجر دابة بعينها للحمل فإنه ليس للموجر أن يسلم غيرها وفيه تأمل لأنه
إذا خالفه إلى خير بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك
كان ينبغي أن يجوز وإن أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمله لأن المستحق العمل ويمكن إيفاؤه
بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين

فصل من هذا الباب

لما ذكر استحقاق تمام الأجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الأجر أو بعضه وعقبه لأصل
الباب لأن استحقاق تمام الأجر هو الأصل والنقصان لعارض ومن استأجر رجلا ليذهب
إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي فإما أن يكون على جماعة
معلومين العدد أو لا فإن كان الثاني استحق جميع الأجرة وإن كان الأول فله الأجر بحسابه
لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره وهو اختيار الفقيه أبي جعفر
الهندواني فاختاره المصنف رحمه الله وإليه أشار بقوله ومراده يعني القدوري إذا كانوا فلانا صح
معلومين وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجده ميتا
فإما أن يرد الكتاب أو لا فإن كان الثاني استحق أجر الذهاب بالإجماع وإن كان الأول فلا أجر
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أجر الذهاب وهذا بناء على أن المعقود
عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب ووقع عند محمد أنه قطع المسافة لأن المشقة فيه دون نقل
الكتاب وقد أوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الأجر المقابل له ووقع عندهما أنه نقل
الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إلى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط
الأجر كما إذا استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب به فوجده ميتا فرده فإنه لا أجر له

بالاتفاق لنقصه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بناء فرع على محمد لان المعقود عليه في
مسئلة الكتاب حصل بقطع المسافة ولم ينتقض ما قطعه منها

باب ما يجوز في الاجارة وما يكون

خلافا فيها لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من
الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير
للموجر وما لا يعد خلافا قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى قيل صورة
المسئلة ان يقول استاجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيها من السكنى وغيره
فذكر الحوانيت ونصبه الى السكنى ولم يبين لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه سمي
مسكنا وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع وهو متنوع فوجب
ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ووجه الاستحسان ان المعروف كالمشروط نصا فيتعين
الله قوله ولانه لا يتفاوت جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد
يتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل
عليه ما يفسد العقد فيصح وله ان يعمل كل شيء من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل
الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى للاطلاق اي لاطلاق العقد
فانه ليس بمقيد بشيء دون شيء الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا بالماء او الدابة دون
اليد اذا لم يوهن البناء وفي الجملة كل ما يضر بالبناء ليس له ان يعمل فيه ويتقيد به وقوله
~~لا يسكن بجواز ان يكون بفتح البناء ... ان يعمل فيه ويتقيد~~
وقوله حدادا يكون نصبا على الحال ويتعلق به الاسكان دلالة ويجوز ان يكون بنصب البناء
والمحصوبات منعول له لكمله وينبغي به سكنا ... لا يجاد المنافظ وهو الضرر بالبناء ويجوز
استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان يذكر انه يستاجر
للزراعة لانها تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما
يزرع فيها لانه متفاوت الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة او
~~يقول ان يزرع فيها لانه متفاوت الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين وتقول~~
يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع ويدخل
الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بها الا بهما
في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب
البيوع ويجوز ان يستاجر الساحة وهي الارض الخالية من البناء والشجر ليبني فيها او
يغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضي فيصح بها العقد فاذا انقضت المدة لزم
المستاجر قلعهما وتسليمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار لصاحب الارض هذا من

جانب

جانب المستاجر واما من جانب الموجر فان الارض اما ان ينتقص بالقلع او لا فان كان الاول فان
شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه رضي به المستاجر او لا وان شاء رضي بتركها على حالها
فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان يتركه وان كان الثاني فله ان يغرم قيمة
ذلك مقلوعا لكن برضى المستاجر بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث
يترك باجر المثل الى ان يدرك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين وذلك لانا لو
كلفناه تضرر المستاجر ولو تركنا الارض بيده بلا اجر تضرر الموجر وفي تركه باجر رعاية
الجانبين نظرا لهما واورده في الجامع الصغير لبيان ان الرطبة كالشجرة قال ويجوز استيجار
الدواب للركوب والحمل اذا استاجر دابة للركوب فاما ان يقول عند العقد استاجرت للركوب
ولم يزد عليه او زاد فقال على ان يركب من شاء او على ان يركب فلان ففيه ثلاثة اوجه
فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان اركب شخصا ومضت
المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود بعقد فاسد فلا ينقلب جائزا
كما لو اشترى شيئا بخمر او خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد
كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء لانها تنعقد ساعة
فساعة فكل جزء منها ابتداء فاذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا فان كان
الثاني صح العقد ويجب المسمى ويتعين اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا
من الاصل على الوجه الذي قلنا فان اركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور
في الكتاب اولا والمراد بقوله فان اطلق الركوب هو ان يقول على ان يركب من يشاء وان كان
الثالث فليس له ان يتعداه لانه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فان تعدى كان ضامنا وكذلك
كل ما يختلف باختلاف المستعمل كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار لانه اذا شرط
سكنى واحد بعينه جاز ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت فان قيل قد يتفاوت
السكان ايضا فان بسكنى بعض قد يتضرر كالحداد ونحوه اجاب بقوله والذي يضر بالبناء خارج
على ما ذكرنا واقتصرنا على ما ذكرت لكنه تنقض عما في النهاية من التطويل وقول المصنف رحمه
الله يجوز استيجار الدواب للركوب معناه لركوب معين اما نصا حقيقة او
تقديرا وان سمى مقدارا من شيء يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة بعينها
فله ان يحمل ما هو مثله في الضرر كحنطة اخرى غيرها او ما هو اقل ضررا كالشعير والسمسم
كانها اذا كانا خمسة اقفزة بعينها كانا اقل وزنا فكانا اقل ضررا وذكر في النهاية ان
في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير
من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا مثل اذا كان من حيث الكيل وانما جاز له
ذلك لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت اذا كان مثلا او لكونه خيرا يعني به اذا كان
اقل ضررا وليس له ان يحمل عليها ما هو اكثر ضررا من الحنطة كالملح اذا كان مثلها كيلا لانه
ثقل لانعدام الرضا فيه فان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له ان يحمل عليها
مثل وزنه حديدا لانه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن
فانه ينبسط عليه وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير الوزن وان استاجرها
ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها سواء كان الرديف اثقل او اخف من الراكب
ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية

ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجنايات والجناة
جمع جان كبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات فمات فالدية
بينهما انصافا لان رب جراحة واحدة اكثر تأثيرا من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه
اذا اردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل وان استأجرها
ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون
فيه وغير ماذون فيه والسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما اذا كان مثلها يطيق حمله واما اذا
كان حملا لا تطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة كما اذا
كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى بان استأجرها ليحمل عليها خمسة اقفزة من شعير فحملها
مثل كيله حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه ماذون
في مقدار المسمى وغير ماذون في الزيادة فيتوزع الضمان ونوقض بما لو استأجر ثورا ليطحن به
عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس واجيب
بان الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن
مخالف للمنع باستعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع واما الحمل فيكون جملة واحدة فهو ماذون
في بعض دون بعض فيتوزع الضمان على ذلك وبهذا يندفع ما قيل على ما اذا استأجرها ليركبها
فاردف رجلا انه يجب ان يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استأجرها ليركبها بنفسه فاركب
غيره ضمن جميع القيمة فاذا اردف فقد اركب غيره وركب ايضا فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم
يوجب زيادة لا يوجب نقصانا لان الاحالة لا تتأتى في الاركاب منفردا لانه مخالف من كل وجه
وفي الارداف ماذون من وجه دون وجه وهو يقع جملة على ما مر قال وان كبحها اي الدابة
بلجامها اي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجري او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وما دخل تحته لا يوجب
الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف هو داخل مطلق العقد لا داخل تحته والجواب
ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا
مرادا لان العقد المطلق يتناوله ولابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا
متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وما دخل تحته والجواب ان اللام في التعارف
للعهد اي الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق
يتناوله ولابي حنيفة رحمه الله ان الموجب الى تسليمه انما حاصل بالاذن لكن الاذن فيما
ينتفع به الماذون مقيد بشرط السلامة اذا امكن تحقق المقصود بها وههنا ممكن اذ يتحقق
السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق وان استأجرها الى الحيرة بكسر الحاء المهملة مدينة
كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على ثلاثة اميال من الكوفة فجاوز بها الى القادسية موضع
بينه والكوفة خمسة عشر ميلا ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت وكذلك العارية واختلف المشايخ
في معنى هذا الموضع فمنهم من اول المسألة بان المراد هو ان استأجرها ذاهبا فقط لينتهي العقد
بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود الى القادسية مأمورا بالرد الى يد المالك
معنى فانه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى المالك معنى
اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع بان المودع مأمور بالحفظ مقصودا وهو
ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لبقاء الامر لكونه مقصودا

وحينئذ

وحينئذ يكون الرد ردا الى نائب المالك والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعا للاستعمال
لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو
الحفظ فلم يبق نائبا فلم يكن الرد ردا اليه ولا يبرأ الا بالرد الى المالك او نائبه ونوقض بغاصب
الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين فالجواب ان
الرد على احدهما يوجب البراءة البتة وكلما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان
تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع
بالرد عليه ضمانه من قبل فان قيل الرد الى المالك او نائبه ازالة للتعدي وهو يصلح
مبرئا عن الضمان والرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل
ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه الضمان
وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشيء مضمونا
بضمانين وقيل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت
التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك
كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع
التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود
فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا
وذلك موجود فيهما لا محالة قوله وهذا اي الاجراء على الاطلاق اصح ومن اكترى حمارا
بسرج فاستعماله به موافقة فان نزع فاما ان يستعمله بسرج آخر او اكاف وكل منهما على
قسمين اما ان يسرج بسرج يسرج بمثله الحمر او لا وكذلك الاكاف فان اسرج بذلك فلا ضمان
عليه لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقييد بغيره اي من حيث المنع يعني
لا فائدة في القول بان هذا متعين لانه لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبه اذا كان
عليه في الوزن استغنينا من قوله فلا ضمان عليه فان الزائد نصا وله الاذن فكان ماذونا
في المسمى غيرها دون في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى ووضع
على الدابة وقعه كما تقدم في الحنطة وان اسرج بما لا يسرج بمثله مثل ان يسرجه بسرج البغل
ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا
يوكف بمثله الحمر يضمن لما تكلمنا في السرج انه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وهذا
اولى لانه من خلاف جنسه وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله
ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضامن لجميع القيمة
ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال ليس في
المسألة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية
الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام
وهذا اصح وتكلموا في معنى قول ابي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عند
ابي حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين
والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة
حتى اذا كان وزن السرج منوين والاكاف ستة امنان يضمن ثلثي قيمتها واليه اشار المصنف
في الدليل قال لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا الا اذا

كان زائداً على المسمى في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى
اذا كان من جنسه ولابي حنيفة رحمه الله ان كلام الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج
للركوب وينبسط احدهما على الظهر اكثر من الاخر فصار كما لو حمل حنطة وحمل موزونها شعيراً فانه يضمن
لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة اكثر من الحنطة فكان مخالفاً وقوله كما اذا حمل الحديد وقدر
الحنطة ونحوه نظير لا بعكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالاً للمخالفة فقط من
غير نظر الى الانبساط وعدمه ومن استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا فسلك غيره
فلا يخلو اما ان يكون ما سلكه مما يسلكه الناس او لا فان كان الاول فاما ان يكون بين الطريقين
تفاوت بان يكون احدهما وعراً واخوف او اخوف فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان
التقييد اذ ذاك غير مفيد وان كان الاول فيضمن لصحة التقييد لكونه مفيداً فانه قيل لمحمد رحمه
الله اطلق الرواية بانه لا ضمان عليه فيما اخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم تفصل هذا
التفصيل اجاب بقوله الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقاً يسلكه الناس ولم يفصل فيها
هذا التفصيل اجاب بقوله فلم يفصل وان كان الثاني اعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة
التقييد فصار مخالفاً واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في
البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة
في طريق البر دون البحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة
قال ومن استأجر ارضاً ليزرعها حنطة ومن استأجر ارضاً للزراعة بلا تنويع فزرعها [illegible] في
[illegible] الارض [illegible] وما هو اقل منه يوجب الاجر لانه موافقهم او مخالفه الى خير وزرعها [illegible]
كالرطاب [illegible] استأجرها للزراعة الحنطة مخالفة الى شر يصير به المستأجر غاصباً فيجب عليه
ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدي
والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات قوله ومن دفع الى خياط
ثوباً ظاهر وقوله ينتفع به انتفاع القميص يرتديه يستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله القصور
جهة الموافقة لان صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلاً للخياطة القميص دون القباء والباقي ظاهر

باب الإجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها قال الاجارة تفسدها
الشروط يفسد الاجارة بالشروط فساداً والبيع بها لانها بمنزلته في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة
والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وانما جعلت
اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعاً لما قيل الاقل من الاجر
والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت لجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر
المثل بالغاً ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان وقال زفر والشافعي
رحمهما الله يجب بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الاعيان فان البيع اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت

وهذا بناء على ان المنافع عنده كالاعيان ولنا ان تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد الصحيح
يتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفى بها وهذا لا يقتضي عدم اعتبار
الاجارة الفاسدة الا ان الفاسدة تبع الصحيحة فيجب فيها ما يجب في الصحيحة عادة وهو قدر
اجر المثل وهذا يقتضي لزوم الاجر بالغاً ما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسدة سقطت
الزيادة وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغاً ما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى
ما زاد على اجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى بخلاف البيع فان العين
متقوم في نفسه وهو اي القيمة هو الموجب الاصلي وانما ذكرنا التقدير بذلك اذا صحت التسمية
انتقل عنه والا فلا ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا ان يسمي جملة الشهور
مثل ان يقول عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف
الى الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور وكذلك وهو
يتحقق بلا مرجح والواحد منها معلوم متيقن فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما
ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح وهل يلزم ان يكون النقض بحضرة الاخر او لا اختلف المشايخ
فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير حضرة صاحبه على قول ابي حنيفة ومحمد ويصح على قول ابي
يوسف ومنهم من يقول انه يصح بغير حضرته بالاخلاف ووجه ذلك مذكور في المطولات فان سكن
ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضاً ولم يكن للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر وكذا كل
شهر سكن في اوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في اوله الا ان الذي ذكره في الكتاب اي
القدوري هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد
منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج واختلفوا في كيفية
الفسخ في رأس الشهر الثاني على ان رأسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال لكنها اهل معنى
رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقيل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما
لا يجوز وذكروا للتخلص طرقاً ثلاثة منها ان يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد
رأس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال فيكون هذا فسخاً مضافاً الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح
مضافاً فكذا فسخه فاذا استأجرها سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة
لان المدة معلومة بدون التقسيط فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سماه ان لم يسم
من شهر رجب من هذه السنة مثلاً وان لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره لان الاوقات
كلها في حق الاجارة سواء لذكر الشهر منكراً وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب العقد كما في الايمان
كما اذا حلف لا يكلم فلاناً شهراً بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل ان يقصد صحة العقد وصحة
ذلك بتعيينه لعدم المزاحم بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهراً حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب
النذر ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء لان الليالي ليست بمحل له يوضحه ان الشرع
في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه بخلاف ذلك بالشيء ان كان العقد حين يهل الهلال
المفعول اي يعتبر بشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل في الشهور العربية فيما كان العمل به ممكناً
لا يصار الى غيره وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف ثلثمائة
وستين يوماً وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله ان الاول بالايام والباقي بالاهلة فيكون
احد عشر شهراً بالهلال وشهراً بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الآخر لان الايام يصار اليها ضرورة
والضرورة في الاول منها فلا يتعدى الى غيره ولابي حنيفة رحمه الله ان اتمام الاول واجب ضرورة تسميته

شهرا وتمامه ان يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتدأ الثاني بالايام ضرورة وكذلك الى آخر السنة
ونظيره العدة وقد مرّ في الطلاق قال صاحب النهاية هذه حوالة غير رائجة فانه لم يذكر هذا الاختلاف على هذا التفصيل
كلها عند ابي حنيفة بالايام وعندهما الثاني بعد الاول والاخر بالاهلة في الطلاق وما يتعلق به وهو
سهو منه لان المصنف رحمه الله قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق بالاهلة في اول الشهر
يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال ويجوز اخذ اجرة
الحمام والحجام استيجار الحمام والحجام واخذ اجرتهما جائز اما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس بعدم الجواز
للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما
الحجام فلما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى الحجام اجره ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم
فيقع جائزا وانما ذكره في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء
كره غلة الحمام اخذا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين حمام الرجال والنساء
فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن نهين عن البروز وامرن بالقرار وروي عن احمد بن حنبل انه لم يبح اجرة
الحجام وكره كسبه عثمان وابو هريرة رضي الله عنهما والحسن والنخعي رحمهما الله روى ابو هريرة رضي
الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام
والصحيح عند عامة العلماء انه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء
اظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض
تمكن الرجال وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتاويل ما روي من الكراهة هو ان
يدخل مكشوف العورة فاما بعد الستر فلا بأس بالدخول ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور
والحوانيت والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث ابي هريرة رضي الله عنه فانه اتاه رجل من
الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما افاطعم ناضحي من كسبه قال نعم واتاه آخر فقال ان لي عيالا وحجاما
افاطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل الانتساخ الحرمة ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس
اي ضرابه وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجها وهو انه
انتفاع مباح وهذا طريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستيجار الظئر للارضاع
قلنا هو مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عسب التيس رواه البخاري ومراده اخذ
الاجر عليه ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكلامه فيه ظاهر وقوله على عمل معلوم غير متعين
عليه اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استيجاره
بالاجماع وبعض مشايخنا يريد مشايخ بلخ رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن
اليوم يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وافتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستيجار وعند
عدم ضرب المدة افتوا بوجوب اجر المثل لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ
القرآن وقالوا انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين
عما لا بد لهم من امر معاشهم وقد كان للناس رغبة في التعليم بطريقة الحسبة ولم يبق ذلك وقال ابو
عبد الله الخيزاخزي يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجر ذكره في الذخيرة ولا يجوز الاستيجار
على سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد فانه لو استحقت به كان مستحقا
ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة الا
من الشريك ولا يجوز ان يوجر الرجل نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عنده

ابي

ابي حنيفة رحمه الله سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه او مجهولا وقالا يجوز لان المشاع له
منفعة ولهذا يجب اجر المثل وما له منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضي
موجودا والمانع وهو عدم القدرة على التسليم منتف لانه ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر
من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه آجر ما لا يقدر على تسليمه ويمكن توجيهه
على وجهين احدهما ان يكون معارضة وتقريره آجر ما لا يقدر على تسليمه لان تسليم المشاع وحده
سواء كان محتملا للقسمة كالدار او لا كالعبد غير متصور فلا يتصور تسليمه لا تصح اجارته لعدم
الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا على عدم الصحة وهو غير متعرض لدليل الخصم والثاني
ان يكون ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فانه آجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع
صحة الاجارة وقوله والتخلية جواب عما قالا والتسليم ممكن بالتخلية ووجهه ان التخلية لم
تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها وهو اي التمكين هو الفعل الذي يحصل به التمكن فكانها
اعتبرت علة وهي وسيلة الى التمكن والتمكن في المشاع غير حاصل ففات المعلول واذا فات
المعلول لا يعتبر العلة بخلاف البيع فان المقصود ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع جحش
فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا وقوله واما التهايؤ جواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله
ان التهايؤ من احكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف
لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يكون ثبوت الحكم متأخرا
عنه ثبوتا وقوله بخلاف ما اذا آجر من شريكه فان الكل يحدث على ملكه فلا شيوع وفيه نظر لانه
لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لا يجوز واجيب بان المراد لا شيوع يمنع
التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف ويجوز ان يكون الشيوع مانعا لحكم
باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم
ان الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه
في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيه سواء واما فيما نحن فيه فلا ينعدم المعقود عليه وهو
المنفعة وانما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وقوله ولا اختلاف في النسبة
لا يضره جوابهما يقال سلمنا ان الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لان الشريك
ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستيجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك ان
الاختلاف في النسبة غير معتبر اذ المحل المقصود على ما يمنع جاز على رواية الحسن عنه فكان
كالرهن على هذه الرواية وقوله بخلاف الشيوع الطارئ بان آجر رجل من رجلين ثم مات احدهما
فانه يبقى الاجارة في نصيب الحي شائعا في ظاهر الرواية لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء
لان القدرة لوجوب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق ظاهر الا ان يجعل جوابا
للحل عن قولهما ومن رجلين لكنه في قوله وبخلاف ما اذا آجر عن ذلك يعرف بالتأمل وقوله
وبخلاف ما اذا آجر من رجلين جواب عن ذلك ووجهه ما قال ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع
بتفرق الملك فيما بينهما طارئ فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة
اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد
الغير اللازم هو الذي يكون البقاء فيه كالابتداء كما تقدم في الوكالة على انه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء
الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها والصواب ان يقال الطارئ انما هو على التسليم لا على العقد
وذلك مما لا يبالى فيه قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن

يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعده واقرهم
عليه واختلفوا في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق تبعا كالصبغ
في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى
ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو
على حسب ما يليق به واشار المصنف الى هذه الجهة بقوله ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر
وبين ما هو المختار عنده بقوله والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان
مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنذكر بيان العذر عن الارضاع بلبن الشاة ويتعجب صاحب النهاية
من اختيار المصنف ما اعرض عنه شمس الائمة بعد رؤيته الدليل الواضح وهو تعليله بقوله لان
الدليل للشرع واضح لا نسلم ان قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانكار
امر معاين للصبي على وجه يتعلق بامور يسقط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض
القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس
بواضح ولا تشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد انه قال الاستحقاق على اللبن دون الخدمة لعقد الاجارة دليل
على انه لا يجوز بيعه وحط ربيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه
ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا ان يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه
من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك قوله فاذا ثبت ما ذكرنا يعني
من جواز الاجارة باحد الطريقين صحت اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة
مثلا فان قيل قد علم من اول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل بها فما فائدة هذا الكلام قلنا اثبت
جوازها بالكتاب والسنة اولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز ان يكون توطئة لقوله ويجوز
بطعامها وكسوتها ايضا استحسانا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العادة الجارية بالتوسعة
على الاظآر شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ما قالاه من غيرها من الاجارات كالخبز والطبخ
ونحو ذلك فان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة فلا يجوز بطعام الظئر وكسوتها وذكر رواية الجامع
الصغير اشارة الى ما جعل مجمعا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار وتفسير قوله فان سمى الطعام
دراهم بان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها اي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب
النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستقيم من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه سمى الدراهم
المقدرة بمقابلة طعام ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حسن ولو قدر في كلام المصنف لفظة
بان يقال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا الى ذلك وهذا اي جعل الاجرة على هذا الوجه لا جهالة فيه وكذا لو
سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تاجيله اي تاجيل الطعام المسمى اجرة لان اوصافها اي اوصاف
الطعام بتاويل الحنطة اثمان اي اوصاف اثمان في وجوبها في الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط
تاجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه في السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تاجيله بالسنة
ويشترط بيان مكان الايفاء اذا كان له حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد مر في البيوع
بابا في ظاهر قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حق الزوج ولا يتمكن المستاجر
من ابطاله ولهذا كان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به اي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ
الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه ظئورة زوجته اولا وهو الاصح لانها ان
كانت ترضعه في بيت ابويه فله ان يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله ان

يمنعها من ادخال الصبي الغير في منزله كما ان للمستاجر ان يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد
الرضا بالعقد لان المنزل للصبي فكان له الحق وعذرا يفسخ به الاجارة كما لو مرضت قوله وعليها
ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي على الظئر والباقي ظاهر
وقوله وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها ما اتت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع
فان هذا ايجار وليس بارضاع دليل ظاهر على ما قدمنا انه انما لم تجب الاجرة لاختلاف العمل
عليها لا لانتفاء اللبن ولهذا لو اوجر الصبي بلبن الظئر في المدة لم يستحق الاجر فكان هذا لان
المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن وقوله انه اختلف العمل بدل
من قوله ولهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو انه وفي بعضها لانه فان قيل الظئر اجير خاص او
مشترك اجيب بانه اجير خاص يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من
يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي وثيابه شيء لم يضمن الظئر لانها بمنزلة الاجير الخاص
فان العقد ورد على منافعها في المدة الا ترى انه ليس لها ان توجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير
الخاص امين فيما في يده وفيه نظر لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الذخيرة ما
يدل على انها يجوز ان يكون خاصا ومشتركا فانها لو آجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم تعلم
الاولون فارضعت كل واحد منهما وفرغت اثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين
وهذا يدل على انها جعلها فعلنا تستحق الاجرين كاملا تشبيها بالاجير المشترك وتاثيمها فيما فعلت
نظرا الى الاجير الخاص قال ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة
وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما له بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجرة بعض
ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له
حنطة بقفيز من دقيقها وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان
عرف ديار على ذلك فهل يترك به القياس فقيل لا لانه في معناه من كل وجه فكان نظير المنصوص عليه
لا يترك بالعرف فان قيل لا نتركه بل نخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل
بعض مشايخ بلخ في الثياب بخوارزم عرف بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في
موضعه قوله والمعنى فيه يعني المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر
وهو بعض المنسوج او المحمول لان حصوله بفعل الاجير والتسليم لا يعد قادرا بقدرة غيره واذا ثبت فساد
العقد كان للحائك اجر مثله لان صاحب الثوب استوفى منافعه بعقد فاسد فكان له اجر مثله
وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لا المسمى ولا
اجر المثل لان المستاجر ملك الاجير الاجر في الحال بالتعجيل لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل وجد للحال
في الاجرة فصار حاملا طعاما مشتركا بينهما الى المسئلة اخرى وهو ما اذا قال احمل
هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن تفسد الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان و
اجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر له الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل
لانه رضي بحط الزيادة وهنا بخلاف ما اذا اشتركا لانه غير معلوم فلم يصح الحط واما عندنا في
نوع فلا يجاوز باجره نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب
احدهما وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا وجمعا جميعا فهما شريكان على السواء قال ومن استاجر
رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع بعينه لانه يختم اعلاه كيلا يزاد ولا ينقص
واضافة العشرة الى المخاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية

٥٢٣

يعني القوهي منسوب الى قوهستان كورة من كورة فارس

وكذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي رحمه الله هو جائز
لان المنافع بمنزلة الاعيان ولهذا جازت الاجارة بدين اي باجرة هي دين على المؤجر ولو لم تجعل
المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك دينا بدين اي باجرة هي دين ولنا في ذلك طريقان احدهما ان
الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فتعتبر النسيئة في البيوع الى هذا اي الى هذا الطريق اشار محمد
رحمه الله وهو ما روي ان ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك
اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى
كبيع القوهي بالقوهي نساء ولحنا في اسم محمد كان يكتب المرض على ابن سماعة في هذه المسائل
ويقول لا ابرهان كلا علينا وفيه بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط اجل
في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور في مبادلة
موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود
بل يحدث شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانهما لما اقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه
يحدث شيئا فشيئا كان ذلك ابلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا
عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به يكون شبهة الشبهة
وليست بمحرمة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق يثبت الشبهة لا
شبهتها وعن الثاني بان الذي لم يصححه الا يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق
المعقود عليه دونهما يصححه العقد انما فيه ولزم وجود احدهما حكما وعدم الآخر فتحقق
النساء ويجوز ان نسلك طريقا آخر وهو ان يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان
المعقود عليه اما ان يكون موجودا دون الاجر اولا فان كان لزم النساء وهو باطل
وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال فيه غير حاصر لجواز ان يعتبر موجودين
لان بطلانه قد تقدم والثاني ان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند
اتحاد الجنس لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة
كالركوب واللبس والزراعة والسكنى فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالي بالكالي اجيب
بانه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل ينتفي المعقود عليه منعناه لقيام
العين مقام المنفعة فيما لم يصححه الا بها اذا استوفى في احدهما المنافع وجب عليه اجر
المثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد فعليه اجر المثل وروي
عن ابي يوسف انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت قال واذا كان
الطعام بين رجلين فاستأجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام
كله فلا اجر له يعني لا المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعي رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين
عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه
الطعام يعني الطعام المشترك او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استأجره لعمل لا وجود
له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فان
قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس
بمعقود عليه واستئجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه فاذا لم يتصور تسليم
المعقود عليه لا يجب الاجر اصلا وفرق بين هذا واجارة المشاع فانها فاسدة
عنده وان استوفى المنفعة وجب عليه اجر المثل لان هناك تسليم المعقود عليه متعذر

اي حمل الطعام

اي في اجارة المشاع

اي عند ابي حنيفة

ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
هو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله
الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمله في الغد لان المقصود هو العمل فاذا كان المعقود
عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكان المستأجر
للعمل على ان يفرغ منه في اسرع الاوقات والحمل على هذا ممكن لا بد منه دفعا للجهالة لتصحيح العقد
ولابي حنيفة رحمه الله ان المعقود عليه مجهول لتردده بين الامرين كل منهما صالح لذلك لان في ذكر الوقت
يوجب كون المنفعة معقودا عليه وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما اولى من
الآخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذا كذلك لان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب
الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم
ولم يفرغ من العمل كان له ان يطلب الاجر نظرا الى الاول ويمنعه المستأجر نظرا الى الثاني فافضى
الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة
مطلوبة وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا
فلك نصف درهم فان ابا حنيفة رحمه الله جعل الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينهما
وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على ان يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة
بالاجماع والفرق بينها وبين الاولى ان ذكر المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته
التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس في مسئلتنا ما يصرفه فلا يصار الى المجاز وكذلك ان
بينها وبين الثانية فان كلمة على فيها بمعنى الشرط على ما عرف في موضعه فيكون جعله شرطا دالا على ان
مراده التعجيل يؤيده ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المذكور في الكتاب انه اذا قال في اليوم
صحت الاجارة لانه للظرف والظرف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق فكانه قال ان عملت في بعض
اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق
الوقت فيصلح ان يكون معقودا عليه ويلزم الجهالة قال ومن استأجر ارضا على ان يكربها ويزرعها
ان الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد
والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استأجر ارضا على ان يكربها ويزرعها ويسقيها
ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته
فذكرهما لا يوجب الفساد وان شرط ان يثنيها او يكري انهارها ويسرقنها فهو فاسد لان التثنية من
مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ليس باثر يبقى بعد انقضاء المدة وما هذا حاله يوجب
الفساد لان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في
صفقة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتثنية ان كان
ردها مكروبة فلا شك في انه لا يقتضيه لان الزراعة لا تتوقف عليه وان كان المراد كرابها
مرتين قيل ينبغي ان يكون هذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة
واحدة لانه اذا كان في موضع لا تخرج الارض الا بالكراب مرتين او كانت تخرج بالكراب مرة لكن
مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لانه حينئذ من مقتضياته قال والثاني ان
فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة وكري الانهار قيل المراد بها الجداول
لبقاء منفعته في العام القابل وبقاء المصنف وقال المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه
يبقى منفعة في العام القابل دون الاول واذا استأجر ارضا ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه

اي حين اذا كانت تخرج الارض الريع بالكراب وكذا

اي اركان الشرط في موضع تخرج الارض الريع

في اقرب الاوقات

اي الجهالة التي في قوله ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم

اي مفضية الى النزاع

اي كون المنفعة معقودا عليها

على الوجه الذي اوجبه العقد فاذا استوفي المنفعة وجب الاجر كما ههنا فانه متعذر اصلا فلا يجب قوله بخلاف البيع جواب عن قياس الشافعي على البيع فان التصرف حكمي اي شرعي والتصرف في الشايع سايغ شرعا كما اذا باع احد الشريكين نصيبه وقوله ولانه ما من جزء دليل اخر على المطلوب ووجهه ان حامل الشايع ما يحمل من جزء الا وهو شريكه فيه وكل من حمل شيئا هو شريكه فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق اجرا على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل ان يقول لا نسلم انه عامل لنفسه فقط وعامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريكه والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه اصل وهو موافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس للحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه بحصول مقصود المستاجر على جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله بخلاف الدار المشتركة جواب عن قياس الخصم على استيجار الدار المشتركة ووجهه ان المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا اسلم البيت ولم يضع فيه الطعام اصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشايع لا يتحقق كما مر وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياسه على استيجار العبد المشترك ووجهه ان المستاجر العبد المشترك يملكه منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع كما في البيع بخلاف الحمل فانه فعل حسي فكان الضابط ان كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك ومن استاجر ارضا ولم يبين انها للزراعة او لغيرها او بين انها للزراعة ولم يبين ما ذا يزرع فيها فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستاجر للزراعة تستاجر لغيرها كالبناء والغرس وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض اكثر من غيره كالذرة والارز فان ضررهما اكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه يفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب المسمى استحسانا والقياس ان لا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جايزا ووجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما يقع فيها من الزرع لان الاجارة عقد ينعقد للاستقبال فاذا شاهد المزروع في بعض المدة وعرف انه ضار او ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا وصار كما اذا اشترى الى الدياس مثلا ثم اسقط الاجل قبل ان ياخذ الناس فيه وكما اذا باع بشرط الخيار الى اربعة ايام ثم اسقط الرابع قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفر رحمه الله لم يقل بذلك ايضا لكن لما اثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره ههنا بطريق المبادي لا الاستدلال وذكر هذه المسئلة تكرار لانه ذكره في اول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها الا ان ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فايدة هي قوله وان زرعها ومضى الاجل فله المسمى ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة فالعين المستاجرة امانة في يد المستاجر لان حكم الفاسد انما يؤخذ من الجايز اذ لا حكم للفاسد بنفسه

لان مباشره مامور ببعضه فلابد وان يؤخذ من الصحيح حكمه الى الفاسد فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا كما مر في المسئلة الاولى وهي قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت الى النزاع فانقلب الى الجواز ووجب المسمى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد لانه قائم بعد

باب ضمان الاجير

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي الضمان قال الاجراء على ضربين الاجراء جمع اجير وهو على نوعين اجير مشترك واجير خاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من لا يستحقها الا بذلك العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه قد علم ما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجر بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه بناء ذلك لان التعريف على التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان له ان يعمل العامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان للمناسبة وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى اخره ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وهو قول زفر رحمهما الله ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به وان حفظ اذا هلك المتاع بسببه كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجر فانهما يقولان انا نصور المسئلة في حافظ الامتعة باجر فهلكت الامتعة فانه يضمن وان كانت العين عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغير ذلك لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين في يده امانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلكت في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كانت العين في يده مضمونا لضمنه كما في المغصوب فان قيل الحفظ ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد كان بما امكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك اجاب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا وذلك لان العقد ورد على العمل لكونه اجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود اصلي بل لاقامة العمل فكان تبعا ولهذا لا يقابله الاجر وان كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه

وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة بفتح الراء من مدها
صاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لانه امره بالفعل
مطلقا اذ الاستئجار لدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة والمطلق ينتظم
الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق فصار كالاجير الوحد ومعين القصار ولنا
ان الداخل تحت الاذن اي الامر ما هو الداخل تحت العقد لان الامر انما ثبت بالعقد ولازم
من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل في العين
من نقله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل ذلك بفعل غير
الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد مأمورا به
بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن
فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده والملتزم ان يلتزم فهو الامتناع عن التبرع فيما عمل به
بجهة لاجير يحصل به المضرة لغيره متبرع له ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا
تقتضي السلامة كان اسلم وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره قوله وانقطاع الحبل جواب
عما عسى ان يقال الحبل ليس من صنع الاجير فاخذه ذكره من جملة ما تلف بعمله فانه قال
الامام فكان من صنعه لانه لا يضمن به اي بفعله بني ادم ممن غرق في السفينة او
سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي وضمان الادمي لا يجب
بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا يتحملون ضمان العقود ومن
استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في
المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه
وانما وضع المسألة في الفرات لان الدنان كانت تباع هناك اما الضمان فلما قلنا انه اجير
مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق فان السقوط بالعثار او بانقطاع
الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنعه ولم يدخل تحت العقد واما الخيار مع ان القياس يقتضي ان
لا يخير عند ابي حنيفة بل يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر لان المال عنده امانة في يد الاجير
المشترك واذا كان امانة يجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه فلانه اي الانكسار في
الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء
الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فيختار اي الجهتين شاء فان اختار
الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل فان اختار الوجه الاول فلا اجر له لانه
ما استوفى اصلا واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان
عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ الى آخره وانما اعاد رواية الجامع لنوع
بيان ليس في رواية القدوري وكل منهما يشتمل على نوع من البيان اما في القدوري فلانه
ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ونفيا له لكا وضمنه واما في الجامع الصغير
فلانه بين الاجرة وكون الحجام مأمورا من المولى والهلاك وبعيدا عنه اذ لم يكن بالاخرى ضمن ووجه
ذلك ان الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنه غير ممكن
لان السراية تبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن
المجهول غير مقدور فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة
ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالدق فامكن ان يخرج العمل من ضمان القصار

والخرز

والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل
قد علم من رواية الكتابين ان الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب
عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحيوة والموت اجيب بانه ذكر في كتاب
قدر التجاوز وحتى الختان اذا ختن فقطع الحشفة ان برئ يضمن كمال الدية وان مات فعليه
نصف بدل نفسه فان قيل هذا يخالف جميع مسائل الديات فان كلما ازداد سرايته انتقض ضمانه
اجيب بان محمدا قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني
له في النفس فيقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف النفس
بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة
فكان ضامنا من نصف بدل النفس كذلك فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب
وقد يقول لان قطع الحشفة اشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان قطعا لبدمع
جز الرقبة اجيب بان كل واحد يحتمل الاتلاف وان لا يقع والتفاوت غير مضبوط فكان هدرا
بخلاف الجز فانه لا يحتمل ان لا يقع اتلافا والله اعلم قال والاجير الخاص هو الذي يستحق
الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة لانسان او لرعي غنمه
وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقد ذكرنا ما يرد
على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بالمصير وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر
قوله وانما سمي اي ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له بمعنى الاجر مستحقا وان
نقض العمل على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد رحمه الله في خياط خاط
ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى
رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه اجبر بحكم العقد الذي جرى
بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد
العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن بخلاف ما اذا
فتقه اجنبي لان فتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا ولو كان اجيرا
خاصا فنقضه استحق الاجر ولا يضمن ما تلف في يده بان سرق منه او غصب ولا ما تلف
من عمله بان انكسر القدوم من عمله او تخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد
ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى اما الاول وهو ما اذا تلف في يده فلان العين امانة في يده لحصول القبض
باذنه وهو ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة
لاموال الناس فانه يتقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن
حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ الا ما يقدر على حفظه والاجير الواحد لا يتقبل العمل بل يسلم نفسه
فيكون السلامة غالبة فيؤخذ بالقياس واما الثاني وهو ما اذا تلف من عمله فلان المنافع متى
صارت مملوكة للمستأجر بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها فاذا امره بالتصرف في ملكه
صح ويصير الاجير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الإجارة

على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين لأن
الواحد قبل الاثنين والله أعلم قال وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسيا فلك
درهم وإن خطته روميا فلك درهمان جاز لا تفاق وأي العملين عمل استحق الأجر المسمى له أي
وكذا إذا كان الترديد بين الصبغين أو الدارين أو الدابتين أو مسافتين وكذا إذا كان
بين ثلاثة أشياء وإن خيره بين أربعة أشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع
الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب
بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة
على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار وإذا قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غدا فبنصف
درهم قال أبو حنيفة رحمه الله الشرط الأول جائز والثاني فاسد فإن خاطه اليوم فله درهم
وإن خاطه غدا فله أجر مثله وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان فبأيهما خاط استحق
المشروط فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لأن العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وهو يفضي
إلى الجهالة المفضية إلى النزاع وبيان ذلك ما ذكر أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لأنه
حال إفراد العقد في اليوم بقوله خطته اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في
الغد استحق الأجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لأنه حال إفراد العقد في الغد بقوله إن
خطته غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا إذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع
في كل يوم تسميتان أما في اليوم فلأن ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى الغد
وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل فصار
كأنه قال خطته بدرهم أو نصف درهم وهو باطل لكون الأجر مجهولا ولهما أن الجهالة
تزول بوقوع العمل لأنه يتعين الأجر لزومه عند العمل كما تقدم ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت
لأنه حقيقة فكان قوله إن خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد
إلى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعليق أي للإضافة لأن الإجارة لا تقبل
التعليق لكن تقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل فيكون مرادة لكونه حقيقة وإذا كان
للإضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان وقوله ولأن التعجيل والتأخير
مقصود دليل آخر لهما ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون
مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون
التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية
ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذكر الغد للتعليق حقيقة أي للإضافة ويجوز أن يكون المراد
الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن المصنف في الغد تسمية الأولى باقية وإنما يحط
النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أي تعليق الحط بالتأخير وهو
يقبل التأخير وإذا كانت الحقيقة في العمل تعارض لا يجوز المصير إلى المجاز وإذا
كان للإضافة لا يجتمع تسميتان في اليوم ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التأقيت لأنه

فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فإذا نظرنا إلى العمل كان الأجير مشتركا وإذا نظرنا
إلى ذكر اليوم كان أجيرا خاصا وحكمهما متنافيان فيتنافى لوازمهما فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة
ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات
ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل وحينئذ يجتمع في الغد
تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل ولقائل أن يقول
في جعل اليوم للتعجيل صحة الإجارة الأولى وفساد الثانية وفي جعله التوقيت فساد الأولى وصحة
الثانية ولا رجحان لأحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب أن فساد الإجارة الثانية يلزم في ضمن
صحة الأولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على قول أبي حنيفة بمسألة الخاتم فإنه جعل فيها ذكر
اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك إذا لم يمنع عنه مانع كما نحن فيه فإن الحمل على الحقيقة مفسد
للعقد فعدلنا عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير لا في حالة
الانفراد فإنه لا دليل فيه على المجاز فكان التأقيت مرادا للعقد ورد بأن دليل المجاز قائم وهو تصحيح
العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا إلى ظاهر الحال والجواب أن المجاز يظهر الحال في حالة
الانفراد دليل ما يدل على ذلك وليس بموجود كما نحن فيه فإن نقصان الأجر دليل على أن
الحق بظاهر الحال وما ذكرنا على أنه قياس حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق
وإذا وجب أجر المثل فقد اختلف الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله إذا خاطه في اليوم الثاني قال
القدوري هي الصحيحة وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لأن التسمية
الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فإن
خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لأنه إذا لم يرض
بالتأخير إلى الغد فبالزيادة إلى بعد الغد أولى وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم
ولا يزاد عليه قال ولو قال إن سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم ولو قال إن سكنت هذا الدكان
عطارا فبدرهم وإن سكنته حدادا فبدرهمين ولو استأجرها فقال إن سكنت فيه فبدرهم وإن سكنت
حدادا فبدرهمين ولو استأجر دابة إلى الحيرة على أنه لو حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وإن حمل
عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وإن استأجرها إلى
الحيرة بدرهم فإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وإنما قال ذلك
لأن المسألة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ويحتمل أن يكون قول
أبي حنيفة خاصة كما في نظائرها وجه قولهما أن المعقود عليه أحد الشيئين وكذلك الأجر أحد
الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد فكيف الجهالتان فإن قيل مسألة الخياطة
الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحة أجاب بقوله بخلاف الخياطة
الرومية والفارسية لأن الأجرة تجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل فالأجر
يجب بالتخلية في الدار والدكان والتسليم في العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف أي قوله يجب الأجر
بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة هو الأصل عندهما ولأبي حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين
وهذا أي كونهما مختلفين لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ألا ترى أنه أي إسكان الحداد لا يدخل
في مطلق العقد وكذا في أخواتها قوله والإجارة جواب عن قولهما يجب الأجر بالتخلية إلى آخره وتقريره
الإجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة أما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به ولو احتيج
إلى إيجاب الأجر بمجرد التخلية والتسليم ينتفع به حتى يعلم المنفعة يجب أقل الأجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

أخر إجارة العبد عن إجارة الحر لاحتياج إلى بيان لظهور وجهه بانحطاط درجته ومن استأجر عبدا
ليخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر مشتملة على زيادة مشقة لا محالة فلا
ينتظمها الإطلاق واعترض بأن المستأجر في ملك منافعه كالمولى والمولى أن يسافر بعبده فكذا المستأجر
المستأجر وأجيب بأن المولى إنما يسافر بعبده لأنه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى
دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبد سنة فإن للمدعي أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته
وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الإجارة على الأجير بعد انتهاء العقد لأن المنفعة في النقل كانت له ومن حصل
له الغنم يتحقق عليه الغرم فالمستأجر إذا سافر بالعبد يلزم المؤجر ما لم يلتزمه من مؤنة الرد وربما
يربو على الأجرة وأما في الصلح فمؤنة الرد تجب على المدعي عليه فالمدعي بالإخراج إلى السفر يلزم مؤنة
الرد وله ذلك وهذا كما ترى ينقطع لأن المحتاج الحاجة نصت إلى علته وهو قوله والمستأجر لا يملكه
لنفسه ومنهم من قال يلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب أن يقال لا نسلم أن المستأجر في منافع
العبد كالمولى فإن المولى له المنفعة على الإطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستأجر كذلك بل يملكها
بعقد وهي تتقيد بزمان ومكان يحتويان بتعيينهما تتقيد به المولى والعرف توجيه أو دفع
ضمنا لما ذكرنا توجيه ولهذا جعل السفر عذرا إذا استأجر عبدا ما يخدمه في المصر
ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر في فسخ الإجارة لأنه لا يعرى من المسافرة بالعبد المذكور ولو
منع منه التضرر فكان عذرا يفسخ به الإجارة قوله فلا بد من اشتراطه متعلق بقوله فلا
ينتظمها الإطلاق ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر فصار كالاختلاف باختلاف المستعمل فيما إذا
تعلق الحكم في الحضر عرفا فصار خلاف الركوب فإنه إذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن
يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين وكذلك بعضهم ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فأعطاه
الأجر فليس للمستأجر أن يسترده منه الأجر استحسانا وفي القياس له ذلك لأنه يقتضي أن لا يصح
الإجارة لانعدام إذن المولى وقيام الحجر فيصير المستأجر غاصبا ولهذا لو هلك في يده ضمن قيمته
الهبة وإذا جازت الدفع لم يكن له أن يسترده منه قال ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب
الأجر فأكلها فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الإجارة وقعت
عليه من غير وجه الاستحسان أن التصرف نافع والحجر لما دون في النافع ولأبي حنيفة أن الضمان
إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوم بالإحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب لأن العبد لا يحرز نفسه
عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا لأن الإحراز إنما يكون بيد المالك أو بيد نائبه والغاصب ليس بهما ولهذا الحد
كذلك لا يتم في يد الغاصب فإن قيل إذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه والإحراز فيه أجيب بأنه تابع للأم لكونه جزءا
منها وهي محرزة بخلاف الأجر فإنه حصل من المنافع وهي غير محرزة وإن وجد المولى الأجر قائما بعينه أخذه لأنه وجد
عين ماله ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعا لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر
من قبل النافع مأذون فيه كقبول الهبة وإذا كان مأذونا وهو العاقد رجع الحقوق إليه وكان له
القبض وفائدته يظهر في خروج المستأجر عن عهدة الأجرة فإنه يحصل بالأداء إليه وقد تبع المسألة فيما إذا

قوله إلى أن يتنجز الحاجة إلخ يعني الأنه إذا لم يعرف الشهر المذكور أولا ما يلي العقد
لكان الداخل فيه العقد شهرا منكرا من شهور عمره وهذا فاسد
فلا بد من صرفه إلى ما يلي العقد تحريا لجواز العقد كفاية

آجر العبد المغصوب نفسه فإن آجره الغاصب كان الأجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وإن
آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الأجر إلا بوكالة المولى لأنه العاقد ومن استأجر عبدا هذين
الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الأول بأربعة لأنه المذكور أولا والمذكور
أولا ينصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز وذلك لأنه إذا قال الشهر بأربعة على سبيل التنكير كان مجهولا
والإجارة تفسد بالجهالة فصرفناه إلى ما يلي العقد تحريا للجواز كما لو قال استأجرت منك هذا العبد
وسكت فإنه ينصرف إلى ما يلي العقد أو نظرا إلى تنجز الحاجة فإن الإنسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعو
إلى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد وإذا انصرف الأول إليه ما يلي الأول بالضرورة قيل مبنى هذا
الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور في الكتاب هو قول
المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجر من المنكر فكأن المؤجر قال أجرت عبدي هذا شهرين
شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة
قوله ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم إلى آخره ظاهر خلا قوله يحكم الحال فإنه أشكل بأن الحال
يصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الأجرة
فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناقض لأن المصنف أشار إلى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا
وإن لم يصلح حجة في نفسه فبيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد إليه في الملك
ولكن تعارض كلاماهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام المؤجر لا موجبا
للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة والله أعلم

باب الاختلاف في الإجارة

لما فرغ من بيان ذكر أحكام اتفاق العاقدين وهو الأصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع لأن
الاختلاف إنما يكون بعارض قال وإذا اختلف الخياط ورب الثوب أي اختلف المتعاقدان
في الإجارة في نوع من المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة أو الحمرة أو الصفرة فالقول قول
من يستفاد من جهته الإذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا لأنه لو أنكر أصل الإذن كان القول له
فكذا إذا أنكر صفته لكن يحلف لأنه أنكر شيئا لو أقر به لزمه فإن حلف فهو بالخيار إن
شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الإجارة الفاسدة قوله
ومن دفع إلى خياط قميصا ليخيطه بدرهم فخاطه قباء واعترض بأن هنا اتفق المتعاقدان
على الأمر به والأجر خالف وهاهنا قد اختلفا فكيف يكون هذا مثل تلك وأجيب بأنها مثلها
انتهاء إلا بدءا لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد أن حلف صاحب الثوب وما حلف كان القول قوله فلم يبق
الاختلاف اعتبارا فكانا في الحكم في الانتهاء سيان وذكر في بعض نسخ القدوري تضمينه أي يضمن صاحب
الثوب للصباغ قيمة زيادة كالأول أعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية وهو الأصح أن الصبغ
آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الخيط والصابون في عمل الغسال لا يتقوم على صاحب الثوب فعلى
تقدير هذا قال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب عند أبي حنيفة لأنه ينكر تقوم عمله لأن تقومه
بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف إن كان الرجل حريفا له

خليطا له وذلك بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما باجر تعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بان الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق لا للدفع

اى ابو يوسف ومحمد رح

باب فسخ الاجارة

أخر هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة قال ومن استأجر دارا تنفسخ الاجارة بعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافا للشافعي فاذا استأجر دارا فوجد بها عيبا ... او ذهبت احدى عيني العبد فله الفسخ قوله لان المعقود عليه دليل على ذلك ووجهه ان المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكلما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض المستأجر وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر او قبله الا ان الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان المشتري اذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذلك اذا ازال الموجر به العيب لا خيار للمستأجر وانتسبه واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة وهذا قول بعض اصحابنا وصحح النقل هذا القائل بما ذكره في كتاب البيوع ولو سقطت الدار كلها فله ان يخرج سواء كان صاحبها حاضرا او غائبا فيه اشارة الى ان عقد الاجارة ينفسخ بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضور صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ وصحح النقل بما روى هشام عن محمد فيمن استأجر دارا فانهدم فبناها الموجر ليس للمستأجر ان يمتنع ... وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ واستدل على ذلك بان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق العبد المبيع قوله ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه اورده استشهادا على انه لا ينفسخ بانقطاع الماء واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملكه المورث الى الوارث واما اذا عقدها لغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لم ينفسخ لانعدام ما اشرنا اليه وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونوقض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فمات صاحب

الدابة

الدابة في وسط الطريق فان للمستأجر ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقد مات احد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر اليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد ثمة قاض يرفع الامر اليه فيستأجر دابة اخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الاجارة وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت الموجر فاذا ثبت الضرورة كان عدم الانفساخ استحسانا للضرورة والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كتطهير الحياض والآبار وبما اذا مات الموكل فانه ينفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم لانا قد قلنا ان كلما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم نلتزم ان كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو صيرورة المنفعة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجود فيه فانتفى الاطراد قال وتصح شرط الخيار في الاجارة اذا استأجر دارا سنة على انه او الموجر بالخيار ثلاثة ايام فهو جائز عندنا وفي احد قولي الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للمستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للموجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال اذا كان وكل ذلك يمنع الخيار وهذا بناء على اصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فكان كالبيع وكذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروي لئلا يقع فيه الغبن وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب كما تقدم فكذا بخيار الشرط فكان عقد معاملة احترازا عن النكاح وقوله بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لان رد الكل في البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه ويكتفى لان التكليف انما يكون بحسب الوسع وهذا اي ولان رد الكل ممكن في البيع بدون الاجارة يجبر المستأجر على القبض اذا سلم الموجر بعض المدة لان التسليم بكماله غير ممكن فهذا عندنا خلافا للشافعي قال في المبسوط اذا استأجر دارا سنة ولم يسلمها اليه حتى مضى شهر ثم طلب التسليم ... لم يكن للمستأجر ان يمتنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للموجر ان يمتنع عن ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستأجر ان يفسخ العقد فيما بقي بناء على الاصل الذي بينا ان المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعضها قبل العقد قبل القبض تخير لعدم اتحاد الصفقة وقد تفرقت قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يكون فيها تفريق الصفقة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر ... لا استشهادا ... لكن الخصم ... قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وعند الشافعي لا تفسخ الا بالعيب لانها كما مر ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر وكذا الاجارة ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع اذ المعنى يجمع الاجارة والبيع جميعا وهو العجز عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا والشافعي رحمه الله محجوج بما اذا استأجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع به فزال الوجع او استأجر انسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس او استأجر رجلا ليقطع يده لاكلة بها فبرأت فانه لا يجبر المستأجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم قال ثم قوله اي قول

القدوري في المختصر فسخ القاضي اشارة الى افتقاره اليه في النقض وهكذا ذكر في الزيادات فقال عذر
الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه
الى القاضي ووجه ما في الكتاب وذكر في وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم
من فرق بينهما وصحح شمس الائمة السرخسي ما ذكر في الزيادات وصحح قاضي خان والمحبوبي قوله ومنهم من
قال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لكونه ظاهرا وان كان غير ظاهر كالدين
يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لا يظهر العذر الا بكونه ظاهرا قوله ومن استأجر دابة ليسافر
عليها ثم بدا له من السفر اي ظهر له رأي حدث عن ذلك ظاهر كلام مواضع فيهما قوله ومن
آجر عبده ثم باعه فليس بعذر هو لفظ الجامع الصغير لكن هل له ان يبيع بعد ما آجر اختلف
الفاظ الروايات وقال شمس الائمة الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر
وليس للمستأجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد قوله اما الذي يخيط باجر فرأس
ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الافلاس وقد يتحقق الافلاس بان يظهر خيانته
عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه او يلحقه دين كثير ويصير بحيث ان الناس لا
يأتمنونه على متاعهم قوله ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر قيل فان قال
الموجر لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الاجارة وانكر المستأجر على دعوى السفر فالقاضي يسأل المستأجر
مع من تخرج فان قال مع فلان وفلان سأل القاضي فلانا هل تخرج معهم او لا فان قالوا نعم ثبت
العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله
مسافرا والا فلا وقيل اذا انكر الموجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستأجر بالله انك
عزمت على السفر واليه مال الكرخي والقدوري رحمهما الله تعالى

مسائل متفرقة

معنى المسائل المنثورة قد تقدم وحصد الزرع اي جزه والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما
الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما يبقى من اصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظاهر وقيل
هذا اذا كانت الريح هادئة قال في النهاية بالنون من هدأت اي سكن وفي نسخة هادية من هدأ
بالهمزة اي سكن وهذا التفصيل الذي ذكره في النهاية والمضطربة اختيار شمس الائمة السرخسي قوله
واذا اقعد الخياط او الصباغ اي الصائغ وكان معروفا وهو رجل مشهور عند الناس وكان غير
حاذق فاقعد في دكانه رجلا حاذقا يتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا
ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان رأس مال صاحب الدكان
المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة ولان المتقبل العمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل
اجيرا بالنصف وهو مجهول وان تقبل العمل العامل كان مستأجرا الموضع جلوسه من دكانه بنصف
ما يعمل وهو مجهول وذلك يفضي الى وجه القياس قال القياس عندي اولى منها لا الاستحسان
ووجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصانع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان

يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو
متعارف فيجب القول بجوازها لتعامل الناس بها قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا
فهو عند الله حسن فان قيل شركة التقبل هي ان يشتركا على ان يتقبلا الاعمال وههنا ليس
كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الاجر اجيب بان الشركة في الحاصل تقتضي اثبات الشركة
في التقبل فثبت فيها اقتضاء اذ ليس في كلامهما الا تخصيص احدهما بالتقبل والآخر بالعمل
ذكرا وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فامكن اثبات الشركة في التقبل
اقتضاء وكانهما اشتركا في التقبل صريحا ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الآخر
جاز فكذا هذا هو المذكور في عامة الشروح وهو مخالف لما ذكره المصنف فانه قال
لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل
انشط للتقبل والله اعلم فاذا كانت شركة لا اجارة لم يضره الجهالة فيما يحصل كما في الشركة وقوله
ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وهو ما يلقى على البعير
من كساء وغيره قوله وفي الزاد معتاد جواب عما يقال المطلق العقد ينصرف الى المتعارف
ومن عادة المسافرين انهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه ووجهه ان العرف مشترك
فانه معتاد عند البعض رد الزاد والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالاطلاق
وهو انهما اطلقا العقد على حمل قدر معلوم ولم يقيد بالعدم ردوا ما نقص من المحمول فوجب جواز
رد قدر ما نقص عملا بالاطلاق وعدم المانع والله الموفق

كتاب المكاتب

قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد
به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق
الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة
خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وذكر في
بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب وهكذا ذكره الحاكم الشهيد
في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا
وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها
ملك الرقبة للمولى ومنفعة لغيره وهو انسب للاجارة لانه نسبة الذات وقدم الاجارة
لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان انسب والكتابة عقد بين المولى وعبده
بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فانه
مما لا يحتاج الى ايجاب وقبول وذكر غير مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في
النهاية واما الاعتاق على مال فانه لو كان عقدا لاحتياجه الى الايجاب والقبول ولكنه يخرج
بقوله بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى لان المكاتب بالعجز يعود

رقبة دون المعتق على مال وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور وشرطها قيام الرق
في المحل وكون المسمى مما لا يعلو ما قدره وجنسه وحكمها في جانب العبد انفكاك الحجر في
الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب احق بمكاسبه وثبوت الحرية اذا ادى بدل
الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال ان كانت حالة والملك في البدل
اذا قبضه والفاظها الدالة عليه وقوله لعبده كاتبتك على مائة دينار اذا قال قبلت
كان ذلك كتابة ولو قال له جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا
اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق كان كتابة قال واذا كاتب المولى عبده او امته على
مال شرطه عليه مما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما جواز
هذا العقد من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد
لا يخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب او للعزم ولما كان مقصود المصنف بيان
حكم آخر خلاف المشروعية وهو ان الكتابة عقد واجب ان يعمل او مندوب او مباح تعرض لذلك
بقوله وهذا ليس امر ايجاب باجماع الفقهاء واشار بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد
من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه لان الامر للوجوب وقال
انما هو امر ندب هو الصحيح اي ليس امر اباحة كما قال بعض ان الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى ان يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا
وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط بيانه لكون الندب وتقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط
لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزه عن ذلك اما قال بعضهم ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان
كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان فعل يصح فيجب حمله على الندب واما اشتراط القبول من العبد
فلانه مال يلزمه ولا بد من الالتزام ولا يعتق الا باداء كل البدل وهو قول عامة الفقهاء لقوله صلى الله عليه
وسلم ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم وفيه اي في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر
ما ادى وعند ابن عباس رضي الله عنه يعتق كما اخذ الصحيفة من مولاه يعني بنفس العقد لان الصحيفة
عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا ادى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضي الله
عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا ادى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر وقال الشافعي
رحمه الله لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك ان اديته الي فانت حر لان الكتابة ضم نجم الى نجم فلو نص
على ذلك وقال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الي كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا ان موجب العقد
يثبت من غير تصريح به وموجبه هاهنا ضم حرية اليد الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند اداء البدل
فثبت وان لم يصرح به كما في البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح لكونه موجبه ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا
بالبيع وقال الشافعي رحمه الله يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى
واتوهم من مال الله الذي اتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على التخصيص مجملة لانه
قال من مال الله وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكاة وكان الله امرنا ان نعطي المكاتبين من صدقاتنا
ليستعينوا به على اداء الكتابة والمامور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي اتانا الله
هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم
فالمراد به الندب كالذي في قوله تعالى فكاتبوهم لا يقال القران في النظم لا يوجب القران في الحكم لانا لم نجعل
القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك قال

القران صاحبته

ويجوز

المسمى

امر ايجاب

احتراز عما قال بعض

وهو مطلق يتناول على اموال القرب

ويجوز ان يشترط المال حالا اي بدل الكتابة يجوز ان يشترط كونه حالا ومؤجلا ومنجما وغير منجم عندنا وقال
الشافعي لا يجوز الا منجما بنجمين لانه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان لخروجه من يد مولاه مفلسا
ولم يكن قبل العقد اهلا لملك المال والعاجز عن التسليم في قليل من الزمان بعد خروجه من يد
مولاه لا بد له من اجل يقدر به على البدل فانه قبل المسلم اليه عاجز عن التسليم لانه لو قدر
عليه لما رضي بالبخس فلا بد من اجل ليحتاج بقوله بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك قبل العقد
لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت ولنا انا نقول احتمال القدرة
في حق المكاتب اثبت لان المسلمين مامورون باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراضا واستيهابا
واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت ولنا
قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود
به ووجود المعقود عليه لا بد منه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ووجود
المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة فاشبه
الثمن في البيع والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على ان بدل السلم فيه معقود عليه وكذا هو شرط فاشبه
المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف في اصلنا وكذا ذكرناه في التقرير مستوفى ولان مبنى الكتابة على
المساهلة لانه عقد كرم اذ العبد وما يملكه لمولاه فالظاهر من مولاه ان يمهله فان لم يمهله وطالبه
بالاداء وامتنع عنه يرد رقيقا بالتراضي او بقضاء القاضي بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة فليس
الاداء فيه تاما فلا يجوز حالا وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه
وهو الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه ولا حجر بالنسبة الى النافع خلافا
للشافعي فيه وهو اي هذا الخلاف مبني على مسألة اذن الصبي في التجارة فانه لا يجوز لانه ليس من
اهل التصرف اذ اعتبار العقد ونقصانه ينجبر براي الولي والتصرف نافع فيصح الاذن بخلاف ما اذا
كان لا يعقل لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق
ويسترد ما دفع وقوله ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا
اديتها فانت حر بيان ما ينعقد به الكتابة بلفظها فان المجموع المذكور ينعقد به الكتابة فان قوله جعلت
عليك كذا على ان تؤديها الي نجوما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يشتري عبدا ضريبة
ولا يتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا اديت فانت حر واما قوله وان عجزت فانت رقيق فليس بلازم كما
ذكر يحتمل العتق على اداء المال لا لعتق الخلوص والمكاتبة بدونه صحيحة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة
فانت حر اختلف الرواية في رواية ابي سليمان وهو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل
للتيسير وذلك في المال الواجب ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة
وفي منتقى ابن حفص في رواية لا يكون مكاتبة اعتبارا بالاستسلام وهو الاصح اعتبارا للفظ وقال
اذا اديت الي الفا في هذا الشهر فانت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل
تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد يخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بها ليكون تفسيرا لها فاذا
لم يكن كتابة واذا صحت الكتابة خرج عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه واذا صحت الكتابة بخلوها عن المفسد وجد
تحقق المقتضي خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة لغة
وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال الى مالكية النفس التي تحصل عند الاداء فان قيل لم
الشيء الذي يقتضي وجودها وما لكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم اجيب بان
مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه

اي كونه حالا

سنة او سنتين مثلا

اي المولى

اي عقد العقد

لان مقتضى الكتابة وهو الايجاب والقبول

العقر

متعلق بيملك البيع ١٢

العتق فيتحقق الضم او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولو لا كان او غيره فيملكه المولى عنه او لان مقصود المولى وهو اداء البدل قد لا يتحقق الا بالسفر واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولانه عقد معاوضة كما مر ومبناه على المساواة باعتبار التساوي وان تنجز العتق ويتحقق ان يتأخر لانه يثبت للمكاتب نوع مالكية وهو مالكية اليد فيثبت في ذمته حق من وجه وهو اصل البدل لانما كان حقا من وجه لضعفه فانما يثبت في الذمة مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا يصح الكفالة فلو ثبت العتق به تأخر لما قال ابن عباس رضي الله عنهما على ما مر فاتت المساواة لا يقال المساواة ثابتة على ذلك التقدير ايضا لان نوع المالكية ايضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا فان نجز المولى عتقه عتق بعتقه لا بالكتابة المتقدمة لانه مالك لرقبته فيجوز له اتلاف ملكه وسقط عنه بدل الكتابة لحصول ما يقابله مجانا واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصها باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه اي على الوصول الى البدل من جانبه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان فانها الشيء بالاعيان قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم والزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطء بالشبهة ولو كان الوطء كاخذ المنفعة لتعذر عنه [illegible] والسكت ان كانه يلزم بالبلاع واحد وان يجني عليها او على ولدها لزمه الجناية وقوله لما بينا اشارة الى قوله لاختصاصها باجزائها

فصل في المكاتبة الفاسدة

وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على احد قال واذا كاتب المسلم عبده جمع هاهنا ما يفسد عقد الكتابة عليها ذكر بعضها اصالة وبعضها استطرادا فاذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة نفسه او على دابة او ثوب او كاتب المسلم على ميتة او دم فالكتابة فاسدة اما الخمر والخنزير فلانهما ليسا بمال متقوم في حقه وهو لا يستحقه فكان عقدا بلا بدل فهو فاسد واما قيمة العبد فلانها مجهولة جال المسلم في حقه [illegible] لا يستحقه فكان عقدا بلا بدل فهو فاسد واما قيمة العبد فلانها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب والدابة واما الدم والميتة فلما ذكر في الخمر والخنزير بل افحش لما نذكر وان ادى الخمر والخنزير عتق يعني قال له ان اديت الي فانت حر او لم يكن في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر قيل هو مخالف لعامة روايات الكتب وعن ابي يوسف انه يعتق باداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا قيل اي باداء قيمة نفسه لانه البدل معنى قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لا يخص ابا يوسف ولم يذكر بكلمة عن ثلث صحح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول الشرط تعلق به العتق نصا كما اذا كانت الكتابة على ميتة او دم فانه لا يعتق بتسليمهما الا اذا قال ان اديت الي فانت حر وجه ظاهر الرواية

والفرق

والفرق بين الخمر والميتة والخنزير ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع ويجب القيمة بالغة ما بلغت لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعتقه الاحاج يتغير ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كان في القيمة او في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا لانه لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية ولكن التصور على هذا الوجه يسقط باقيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء قيمته لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة بتحقق التسليم شرعا ولم يذكر ان القيمة بماذا تعرف قيل تعرف باخبار مقومين اما ان يتصادقا على ان ما ادى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته تصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما تقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد اقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب ان يكون الكتابة ولا يعتق باداء القيمة اجاب بقوله واثر الجهالة في الفساد اي لا في البطلان كما في البيع فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي ان يعتق باداء ثوب ولقوله ان الثوب عوض والعوض يقتضي ان يكون مما لا [illegible] الاطلاع على ذلك لا اختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة [illegible] مراده يتقوم المقومين فان قلت فاذا ادى القيمة فيما اذا كاتبه على ثوب يعتق اولا قلت ذكر في الذخيرة ان الاصل عند علمائنا الثلاثة ان المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فانه لا يعتق العبد باداء القيمة فلا ينعقد عقد الكتابة اصلا على المسمى ولا على القيمة قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز اذا كاتبه على شيء هو لغيره فاما ان يتعين بالتعيين كالعرض والعبد او لا كالنقود فان تعين فاما ان يجيز او لا فان لم يجز فاما ان يملكه المكاتب بسبب واداه المولى او لا فذلك اربعة اوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجز لم يملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز يرد رقيقا لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه ما اذا تزوج امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل فلو فسدت لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوضا عما ليس بمال ووجه الظاهر ان العقد في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان البدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى لو كان ذلك مبنيا جواز الكتابة حالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلا يكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها واما ما هو في العين فمضى عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير البدل كالمبيع فيشترط القدرة عليه وقوله بخلاف الصداق في النكاح جواب عن قوله فاشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة

نكاح الرضيعة

تعلق ما هو تابع وهو الصداق اولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلة وتخلصه تعليل وانه اجاز صاحب العين وكذا لو اجاز صاحب المال فالكتابة اولى لانه مبناها على المسامحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال معترضا المال من العقد فيصير العين من اكسابه وعن ابي حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب اي في الجامع اشار به الى قوله وكذا اذا كاتبه على شيء بعينه لغيره والجامع بين ما اجازه المالك وبين ما لم يجز ان عقد الكتابة فيما نحن فيه لا يفيد ملك المكاتب الذي هو المقصود من الكتابة لانه لا يملكه المكاسب وفي بعض النسخ لا يجاب المكاسب لانه لا بد من تقدير مضاف فيثبت الحاجة الى الاذان فيما اذا كان البدل عينا معينة لغيره والمسئلة فيه اي فرض المسئلة في ذلك على ما بينا ان المراد شيء يتعين بالتعيين وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه اذا جاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجز لكونه ملك الغير العين فسبب فاداه تعتق اي حنيفة رواه ابو يوسف عنه وروي عن ابي يوسف انه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد وهو ظاهر الرواية الا اذا قال له اذا اديت فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف انه يعتق قال او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط وان كاتبه على عين في يد المكاتب سوى النقود ففيه روايتان في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية اخرى كتاب المكاتب لا يجوز وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره وقد ذكر وجه الروايتين في كفاية المنتهي ولم يذكرهما هاهنا لطوله وذكر بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ووجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من اعيان ماله لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم او دنانير في يد العبد بان كان ماذونا له في التجارة فاكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لانها اذا لم تتعين كانت الكتابة متعلقة كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال واذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق وكذا ما يصلح بدلا اصلا يصلح مستثنى من البدل هو الاصل في ابدال العقود وقالا لا يوجب هذا الاصل نسلم ولكن فيما صح استثناؤه واستثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح انما صح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لانه احسن الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع انه تركي وهندي ولا الوصف انه جيد او ردي جازت وينصرف الى الوسط من ذلك الجنس وقدر ابو حنيفة في العبد ما قيمته اربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط كما في الزكوة والدية والوسط فيه نظر للجانبين ويجبر على قبول القيمة لانه صالح معنى للاداء على ما عرف في الاصول لانها اصل من حيث ان البدل يعرف بها وقدم في النكاح فصار كانه الى يعني المسمى انما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة لان مبناها على المساهلة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه حتى لو قال كاتبتك الى الحصاد او الدياس او القطاف صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر رضي الله عنهما اجاز الكتابة على الوصفاء وهي جمع وصيف وهو العبد الخادم

وقال

نعم اصحابنا يقولون العلة توجب هذا لكن تخلف الحكم لمانع فهو تخصيص العلة ونحن لا نقول به بل نقول انعدم الحكم لعدم ما هو العلة حقيقة فيجعل عدم المانع جزء العلة او شرطا

لان البيع يجوز عند الاجازة بان اشترى شيئا بمال الغير صح

وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع في ان تسمية البدل شرط فيه كما هي شرط فيه والبيع مع البدل المجهول والاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا ان هذا قياس فاسد لان الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث الابتداء او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانه في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء وفي ان تبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استيضاح وان لم يبين جنسه مثل ان يقول دابة او ثوب لم يجز الكتابة لانها تشتمل اجناسا وكذلك الثوب فتفاحش الجهالة واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف رحمه الله ذكر في كتاب الوكالة ان العبد جنس ولكن ناسا وكذلك لم يجز التوكيل بالشرا والجواب ان اللفظ ان شمل اجناسا فله كالعبد شمعة فيما يبنى على المماكسة كالبيع في الوكالة وغيرها وان شمل اجناسا خلافه كالعبد فيما يبنى على المسامحة كالكتابة والنكاح قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل وفي التسليم تمليك الخمر لان الفرض ان الخمر غير معينة لم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بنفس الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم من الذمي خمرا ثم اسلم الذمي فانه لا يمنع من استردادها من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا يصلح عوضا في البيع حال يفسد ويصلح في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف اي عبد الخدمة واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البقاء اسهل من الابتداء وانما قيد بقوله على ما قاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغي ان يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة بمعنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم من اهل التزام الخمر ولو ادى الخمر عتق لما بينا في اول هذا الفصل انه اذا ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمرتاشي انه ان ادى الخمر لا يعتق فكان في العتق باداء الخمر روايتان والفرق على احديهما بينهما وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق ان في هذه المسئلة انتقلت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدلا لهذا العقد لانه انعقد صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقي كذلك فلا حاجة الى اخراجها عن البدلية واذا بقيت بقي عتق باداءها

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له

فان جواز التصرف مبني على العقد الصحيح قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه اعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك ببيانه ثمة وجه الاستحسان ان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع اجاب بقوله وصح العقد يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا كاتبك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا اشتراط لا في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة وهو اي هذا التفصيل لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عملا بشبه النكاح وبطلان العقد اذا تمكن في صلبه عملا بشبه البيع او نقول الكتابة في جانب العبد اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك لا الى احد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شيء وانما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يخصه فهو داخل في الاعتاق فلا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة تفك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود ومقصود المولى من البدل وذلك بقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب لا الايفاء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن اذا اذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم ولا يهب ولا يتصدق المكاتب الا بالشيء اليسير وكلامه فيه ظاهر والمجاهز عند العامة هو الغني من التجار وكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب ولا يتكفل لما ذكرنا ولا يملكه بنوعيه يعني في الحال سواء كانت بامر المكفول او بغير امره لان الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى ادى صار مقرضا بما ادى المكفول عنه ولا اقراض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة فكان كما لو كفالة المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا يضره ذلك ولا ينافيه اجيب بانه يضره فربما يعجز عن تسليم النفس ويحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذي يحصل به المال وقوله وان زوج امته جاز ظاهر وقوله ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيئا جاز ان يملكه غيره كالمعير يعير الاعتاق فيحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على اداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لا يملكه وهو لا يجوز وقوله فان ادى الثاني يعني ان ادى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل اداء الاول وعتق الثاني لتحقق عتقه وولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك لان الثاني مكاتب المولى بواسطة الاول وعتق الثاني لتحقق شرط عتقه فكان كتابة المولى الاول بمنزلة علة العلة ولهذا لو عجز الاول كان الثاني مكاتب المولى كالاول وصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة يعني المولى زيد ومعتق زيد جاز ان كان معتق معتقه وهذا يتخلص في الاشتباه على ما قلنا فاذا تعذر اضافته الى المباشر العقد لعدم الاهلية لكونه رقيقا اضيف اليه اي الى المولى لكونه علة العلة كالعبد اذا اشترى شيئا فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا مباشرة حكما لان العقد لا ينتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعتاق والولاء لا ينتقل عن المعتق مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جر الولاء فانه من مولى الجارية الى مولى ابيه بعتق الولد

مباشرة

يعني ان يكاتب عبد الله ... بلا خلاف والمستدل بمثل من الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله يعني ابا يوسف رح قاسه على المكاتب فان المكاتب يجوز له ان يزوج الامة صح

مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا اعتق زال التعذر فجر الولاء الى قوم الاب وان ادى الثاني بدل الكتابة بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان المباشر من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال الخ تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال ليس منهما فكيف ههنا الشيء من ذلك فلا يملكه وقوله واما الثالث فيتحول لان من اشترى عبدا وجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب والامة ظاهر والكتابة نظر اما في تزويج الامة فظاهر واما في الكتابة فلانه بالعجز يرد رقيقا فربما كان العجز بعد اداء النجوم وذلك لا ينافي كونه نظرا وقوله فاما المأذون له فظاهر وقوله وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض ذكر في بعض الشروح ان المفاوض يجوز له تزويج الامة فكذلك المأذون له واعتبره بالاجارة اي اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز له ان يؤجر عبده وامته فكذا يجوز له ان يزوج امته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمال القياس بين العينين اي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين اي التزويج والاجارة لان المماثلة بين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه اولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بغير مال كالتزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم اولويته ولهما وهو الفرق بين المأذون والمكاتب ان المأذون له يملك التجارة وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة لانه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة ذلك والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب لانه انما يتوصل به الى المال وبالتزويج يصل المولى الى المهر فكان اكتسابا وقوله ولانه اي التزويج دليل اخر ومعناه ان اعتبار التزويج بالكتابة لانهما مبادلة مال بغير مال اولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال وهذا اي ولان التزويج ليس من الاكتساب لا يملكه هؤلاء اي المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان

والمكاتب كلهم تزويج العبد لانه ليس باكتساب المال

فصل من هذا الباب

لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الاصالة ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته وتقديم الاب في الذكر ههنا على الابن للتعظيم واما في ترتيب القوة في الدخول في الكتابة فالابن مقدم على الاب سواء كان مولودا في الكتابة او مشتريا والمولود مقدم على المشتري فان المولود يظهر في حقه جميع احكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حيوته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشتري يحرم بيعه حال الحياة ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا او لا يمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية واما الاب فانه يحرم بيعه حال حياة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالا ولا مؤجلا وانما قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك بل اذا

عجز المكاتب بيع الاب لما ان الكتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصالة فان قيل ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء واذا اعتق الصغير سقط من البدل ما يخصه اجيب بان المشتري تبع من كل وجه فلا معتبر به في امر البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة واما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة الوالد فلهذا سقط ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه ولاد دخل في كتابته كما ذكرنا لانه لما لم يكن من اهل الاعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان واذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة في الولاد لا في غيرهم الا ترى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه اي قرابة الاخوة توسطت بين القرابة البعيدة من بني الاعمام والقرابة القريبة وهي الاولاد والمتوسط بين الشيئين كذا منهما فعملنا بالشبهين والحقناها بالثانية اي القرابة في العتق حتى اذا ملكه الحر اخا عتق عليه كما اذا ملك والده او ولده وبالاولى اي البعيدة في الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه وهذا اولى من العكس لان العتق اقوى من الكتابة حتى ان لكل الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق ليس له ذلك وفيه ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه اولى من اعمال احدهما واذا اشترى ام ولده اي امة المكاتب القنة اذا ولدت فلان يمكنه المكاتب بوجه من الوجوه فملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك عندهما لانها ام ولده ولهذا فان لابي حنيفة رحمه الله ان القياس يجوز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على ان يؤدي البدل فان ادى عتق وما فضل معه فهو له وان عجز عاد هو وماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لانه مما لا يقبله اي من الذي يقبله والاقوى لا يجوز ان يكون تبعا للادنى الا انه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد بناء على ما ذكر في اول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد فان ولد المكاتب من امته له دخل في كتابته لما بينا في المشتري يعني في اول الفصل حيث قال لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق بان المكاتب لا يملك التسري فمن اين له ولد من الامة حتى يدخل في الكتابة واجيب بان معنى قوله لا يملك التسري لا يحل له وطي امته لكنه لو وطئها فولدت وادعاه ثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب فالولد ولده والجارية ام ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب بما له من حق الملك مكتسبه علوق الدعوة كالحر فيتمم الملك له في نصفها فها هنا ثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ويثبت لها حق امية الولد في حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد قوله وكان حكمه حكمه اي حكم الولد كحكم المكاتب وكسبه له اي كسب الولد لوالده لان كسب الولد كسبه اذ الولد كسبه وكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك اذا ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها موكدا فصار من الاوصاف

القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية في الامهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق تسري الى الاولاد فقوله موكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ام ولد الآبقة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع في الآبقة غير موكد اذ الاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستاجرة والجانية فان الامة اذا تصفت بهما امتنع بيعها الامتناع لكنه ليس بموكد فقولهم الاوصاف القارة احترازا عن مثل هذين الوصفين وقولهم الشرعية احترازا عن السواد والبياض والطول والقصر فانها لا تسري واذا سرت الكتابة الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع امه قال ومن زوج امته من عبده هذا ايضا بناء على ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد وهذا كان الولد داخلا في كتابة الام وكسبه لها قوله ولان تبعية الام ارجح اشارة الى ما ذكرنا ولهذا لو استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتها وكسبه لها اي في الدخول يتبعها وفي الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كان تبعية الام ارجح لانه جزء منها حتى يقرض بالمقراض وان تزوج المكاتب باذن مولاه امراة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذها المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اولادها احرار بالقيمة لانه ولد المغرور لوجود تفسيره وهو الغرور لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ويجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد احرار كذا في المبسوط وفي شرح الجامع الصغير قيمة الاولاد عنده يتاخر اداؤها الى ما بعد العتق والى هذا اشار المصنف بقوله لان حق المولى هنا مجبور بقيمة تاخرت الى الحرية ثم اذا غرم القيمة يرجع عليها بعد العتق لان الغرور حصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين وهذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية لكنا تركنا هذا الاصل اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين وقد قررناه في التقرير وهذا اي ولد المكاتب ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فكان المانع عن الالحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتاخير فيبقى على الاصل فلا يلحق به واذا اشترى امة ووطئها بغير اذن المولى او باذنه لكنه بغير اذنه استحقت منه ما اذا كان باذنه بطريق الاولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ منه في الكتابة من غير تاخير الى الاعتاق وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق فيما اذا كان بغير اذنه وحكم الماذون له كذلك قنا كان او مدبرا فالفرق ان المذكور في الكتاب تقرير ان الكتابة اوجبت الشراء والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فالكتابة اوجبت العقر ولا كذلك النكاح وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

فصل من هذا الباب

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول فصلها بفصل واذا ولدت المكاتبة من المولى وذلك بان ادعاه مضى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له سواء صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديقها وانما يخير لانه تلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل

واحدة بغير بدل فتحررت بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى سواء جاءت به لستة أشهر أو لأكثر فهو حر به
لأن المولى يملك الاعتاق فيه وإنما لأن الدعوة من المولى كالتحرير لأنه يملك تحرير ولدها منه حتى
قصداً فلأن يملكه ذلك ضمناً للدعوة بطريق الأولى قوله وماله من المكاتب دليل قوله ونسب ولدها
ثابت من المولى ويندفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في مكاتبته ثبت نسبه فلان يثبت
فإن اختارت الكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاها أي مهر مثلها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها
على ما قدمنا يعني في فصل الكتابة الفاسدة بقوله لأنها صارت أخص بأجزائها توسلاً إلى المقصود
بالكتابة ثم إن مات المولى يعني بعد مضيها على الكتابة عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال
الكتابة لجعلها بما ذكرناه قيل وجب أن لا يسقط لأن الاكتساب تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة أجيب
بأن الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر إليه يسقط
ألا ترى أنه لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثاً يبطل فلما عتقت بالاستيلاد
بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكتساب عملاً بشبه المعاوضة وقلنا
بسقوط بدل الكتابة عملاً بشبه الشرط وإن ماتت وتركت مالاً أو لا فالسعاية على الولد فإنه حر ولو
ولدت ولداً آخر وهي ماضية على الكتابة لم يلزم المولى بالسكوت لأن نسب ولد أم الولد إنما يثبت
بالسكوت إذا لم يكن تحريم الوطء وهنا محرم وطئها فلا بد من الدعوة وبالجملة في كلامه ظاهر قال
وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لأن الكتابة يتوسل بها إلى ملك اليد في الحال والحرية عند أداء البدل
وحاجة أم الولد إلى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائزاً لا يقال الأحد
يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق لا يثبت بهما فكانا متنافيين لا يجتمعان لأنا نقول ليس بينهما
تناف حتى يجتمع تلقيناها على سبيل البدل وعورض بأن مالية أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة
فكيف يقابلها بدل متقوم وأجيب بأنه ملك المولى فيها ثابت يداً ورقبة والكتابة لدفع الأول في
الحال ولدفع الثاني في المآل ويجوز أن يقابل ببدل متقوم وإن لم يكن متقوماً كملك القصاص
إذا عفى بعض الأولياء فإنه يقابل حصة الآخرين بالمال فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها
بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء فإذا عتقت
قبله لم يكن تحصيل الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها بلا فائدة بالنسبة إلى البدل
وبقيت في حق الأولاد والاكتساب بعتق الأولاد ويخلص لها الاكتساب ولقائل أن يقول الكتابة عقد
واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد
الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن أداء البدل والثاني أن يبطل بانتهائه بجز
بانتهائه وبالأول يعود رقيقاً وأولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من
اكسابه وحيث احتجنا هاهنا إلى إبطال الكتابة نظراً للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول
صرنا إليه لا يقال في كلام المصنف تسامح لأنه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علل بالنظر
له والمعلول الواحد لا يعلل بعلتين مختلفتين لأن للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه
وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فنقول فعله سديد ولو أدت المكاتبة بالتنصيص بدل الكتابة
وفي بعض النسخ ولو أدت الكتابة وهو يتعدى بنفسه قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية
وإن كاتب مدبره ووضع المسألة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها في المبسوط في المدبر وأعاد ذ
كتابتها لوجود المقتضي وهو الحاجة فإن الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع
وهو عدم المنافاة كما تقدم فإن مات المولى ولا مال له سواها كان بالخيار بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة

لاقنة

لاقنة وفي جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة وقد وضح كلامه فيتعرض لبعضه زيادة إيضاح قوله
يتخير لأنه في التخيير فائدة وإن اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل وأداء
أقلهما أعسر لكونه حالاً فكان التخيير مفيداً قوله وجب عليه أخذ البدلين فيختار أقلهما قد اعترض
عليه بأن الإعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير بعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجبت
السعاية في ثلثي قيمتها لا غير وأجيب بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظراً لها فنسعيها كذلك فربما
يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه قوله أنه قابل البدل بالكل لأنه أضاف العقد إلى كلها
فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل لها كلها لقنة فتصير كلها مكاتبة وقد سلم لها الثلث بالتدبير
فيسقط ما قابله من البدل وإلا لكان ما فرضناه بما عرض لم هذا خلف باطل وقوله
فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة صورته أنه يكاتب عبده أولاً ثم يدبره ثم يموت ولا مال له
سواه فإنه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وقوله لأنها
استحقت حرية الثلث ظاهر أي منكشف فإنا بينا لا يخفى على أحد لأنه أخرجها عن الملك بغير الإعتاق
غير صحيح فإن اعتقها خرج عما يخرج فيه وإن مات قبله فكذلك وإن مات المولى عتق ما يخرج
من ثلثه فقد استحقت حرية كلها كأن لم يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثها فاستحقاق
الثلث ثابت قطعاً والظاهر لا يبين أن الإنسان لا يلتزم المال لمقابلة ما يستحق حريته من غير
أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ولقائل أن يقول لو كان كذلك لما
عتق بالجميع إذا أدت كل البدل قبل موت المولى لأنه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب أنه لا يلزم
على أبي يوسف لأنه لا يقول بتجزي الإعتاق وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر أنا حكمنا بصحة
الكتابة نظراً للمدبر وليس من النظر أن يسعى بعضه بغير حق ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة
الصورية قبل موت المولى نظراً له وقوله إذ لا استحقاق له عنده أي عند عقد الكتابة
فيكون البدل في مقابلة الكل فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل
الكتابة وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا أنه تلقتها جهتا حرية ولها الخيار إن شاءت مضت على
كتابتها وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لأن الكتابة ليست بلازمة من جانب المملوك
لأن النفقة والجناية على المكاتبة حال الكتابة وإذا عجزت نفسها كان كل ذلك على المولى فله أن
يدفع عن نفسه ذلك فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في
ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما فاختلفوا في الخيار
بناء على ما ذكرنا من تجزي الإعتاق وأما المقدار فمتفق عليه ومحمد مار على أصله لا يحتاج إلى فرق
والأمثل لهما بين هذه وما تقدمت مما بينا أن البدل فيها مقابل بالكل إلخ قال وإذا أعتق
المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أنه ما كان وسيلة إلى
تحصيل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة إليها فإن قيل الكتابة
لازمة في جانب المولى فلا يقبل الفسخ أجاب بقوله والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى
ولكنه تنفسخ برضا العبد والكرم لما كان لتعلق حقه فإذا رضي بالفسخ فقد أسقط حقه كالبيع
باعه المولى وأجاز برضاه والظاهر رضاه توسلاً إلى عتقه بغير بدل فإنه إذا رضي به ببدل فبلا
بدل يكون أرضى وقوله مع سلامة الاكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه إشارة إلى الجواب عما عسى
أن يقال لو كان رضيا بعتق لكان بطلا إلى سلامة الاكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه لئلا يبطل
الاكساب على ملكه نظراً له وحينئذ صار الظاهر كالمحقق الواقع فيعتق بإعتاقه وإن كاتبه على ألف

فلو لم يكن الاكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها جملة وجهه أن الاكساب سالمة له

الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض
عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وذلك ربا لا يقال هلا
جعلت اسقاطا لبعض الحق فيجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلهذا
لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح وكذا الحكم فيما اذا صالح مكاتب الغير الى سنة
وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على اداء البدل
الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا لانه هو مال
من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربا وقيد بحث لان المال هنا
يتمول به وهو بعينه الاحراز وذلك في الاجل لا يتصور ولان قوله فاعطي له حكم المال ليس بمستقيم
لفظا ومعنى اما لفظا فانه اعطي متعد الى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام واما
معنى فلان قوله الاجل في حق المكاتب مال من وجه فان اراد بقوله فاعطي له حكم المال من كل
وجه فات الاعتدال اذ البدل الذي هو مال من وجه وان اراد حكم المال من وجه فهو تحصيل
الحاصل والجواب ان ما ذكرتم ان المال انما يتمول به صحيح اذا كان مالا من كل وجه والشيء انما
يتمول بكونه وانما المراد به ههنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم
لتوقف قدرة الاداء عليه لتوقفها على عين الدراهم ومن اعطى معنى لعتق معناه المحل الاجل
حكم المال فان الشيء يجوز ان يكون جهة في شيء فلا يكون معتبرا فيه ثم اعتبر له تلك الجهة تصحيحا
للعقد ونظرا للمكاتب قوله ولا تنعقد الكتابة وجه آخر للاستحسان وتقريره ان عقد الكتابة
عقد من وجه دون وجه لما تقدم انه شبيه بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه يمينا والاجل
ربا من وجه فيقع بشبهة الربا وشبهة الربا انما تعتبر في شبهة العقد كانت شبهة
الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا الاجل فيه شبهة
لا شبهة شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على الفي درهم الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات
المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الاجل لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم ان يردوه دفعا
لضرر تاخير حقهم الى مضي الاجل عن انفسهم فان المكاتب يؤدي ثلثي الالفين حالا او هو الف
وثلثمائة وثلاثون وثلاثون درهما وثلث درهم والباقي وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم
الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله
لان له ان يترك الفاضل الزائد على قيمته ومن له ترك وصفه والتعجيل وصف يجوز
تركه وصار كما اذا خالع المريض امراته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل فلو
قال لان له ان يترك الزيادة وثلث الالف قلنا ان يؤخرها الى [illegible] فتأمل ولهما ان جميع المسمى
بدل الرقبة بدليل جريان احكام الابدال من جواز المرابحة على الالفين وجواز الحبس على المطالبة
والاخذ بالشفعة فانها يتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة فجاز
للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تاجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه
لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلافهما اذا باع المريض دارا بثلاثة آلاف الى سنة
وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة التاجيل فعندهما يخير المشتري بين ان يؤدي ثلثي جميع الثمن حالا
والثلث الى اجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة [illegible] الزيادة لما بينا من المعنى في
الدليل من الطرفين وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ثم لم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او

برده

يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر وهو اسقاط الف درهم والتاخير وهو تاجيل الالف الاخرى
في اعتبار الثلث فيهما اي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتاخير لكن لما سقط ذلك الثلث
لم يبق التاخير ايضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التاخير

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم
احكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء ان يكون لنفسه قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف قال في
الجامع الصغير اذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب
واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم
على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداية بحكم الشرط واذا قبل العبد صار
مكاتبا يعني ان هذا العقد نافذ في حق ما للعبد من حرية البيع ونفوذ عتقه وتخليته باداء هذا
القائل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف
على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن
في الابتداء ولو وكله العبد بذلك جاز ونفذ عتقه عليه فكذا اذا اجاز بعد العقد وقال بعضهم هو
ان يقول كاتب عبدك على الف درهم ولم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى عتق استحسانا
وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر وجه الاستحسان انه لا ضرر
للعبد الغائب في تعليق العتق اي في توقف العتق على اداء القائل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف
في لزوم الالف العبد قيل ما الفرق بين هذا وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المشتري فيما
له وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيما له والجواب ان ما له ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه
الزام وهو يتوقف عليه ولو ادى البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث ادى بلا امر ولا هو مضطر
في ادائه وهل له ان يسترد ما ادى الى المولى فيه تطويل يطالع النهاية لتطلع عليه قال واذا كاتب
العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان
الغائب ففعل جاز استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم
الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره او زوج امته وامة غيره وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة
العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة
اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها حتى عتقوا باداءها وليس عليهم من البدل شيء فانه قيل الشيء انما
يثبت كالمستشهد بها لان الاولاد تابعها من كل وجه حتى ان المولى لو اعتقهم لا يسقط من البدل
شيء ويعتق الاولاد اذا اعتق المولى الام بخلاف العبد الغائب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث
اضيف العقد اليهما مقصودا حتى ان المولى اذا اعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد
الغائب واذا اعتق الغائب سقطت حصته من المكاتبة ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من
نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب انا ذكرنا

بجواز ان يكون وجها للقياس واما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض ومن جهة
نظر فان يكون فيه جهة اصالة اولا فصحيحا للعقد ونظرا للكاتب وحملا له على المسامحة واذا امكن
تصحيحه على هذا الوجه يفرع به الحاضر قلة اي فللمولى ان ياخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل
عليه بكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه وهذا يدل على ان النظر في مجرد
التبعية لا معتبرا بجهة الاصالة في انعقاد العقد عليه وقوله وايهما ادى عتقا تكرار لانه قال في
اول المسئلة فان ادى الشاهد او الغائب عتقا لكنه اعاده تمهيدا لقوله ويجبر المولى على القبول اما
الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فالقياس فيه ان لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شيء من البدل
ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة لانه ينال الشرف الحرية وصار كمعير الرهن اذا ادى المرتهن الفكاك
عنه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على
صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه ومثله لا يرجع والغائب متبرع به غير مضطر اليه ومثله في الفكاك
لا يرجع فان قيل الغائب هنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر فهذا يرجع على المستعير بما ادى فكيف
قال غير مضطر اليه فالجواب انه كان في حال الاداء من عرد ليس عليه لا في الاضطرار فان الاضطرار
انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية ان تحصل له الحرية وهذا كما يقال
عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لو لم يؤد فكان مضطرا اجيب بانه
متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به وليس للمولى ان ياخذ الغائب بشيء لما بينا انه تبع فان قبل العبد
الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد وان رده الغائب لا تر لرده وقبوله في ذلك
لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله فليس للمولى ان ياخذ بشيء من بدل الكتابة
كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا واذا قبلت الامة
الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين كان ذلك جائزا ووضع المسئلة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد
والامة سواء فانه لو وضعها في العبد ذكرنا يتوهم ان الحكم في الثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في
الامة لعدم ولايتها فاذا وضعها في الامة علم الحكم في الاب بطريق الاولى فكيف بالامة وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على
القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وذكر
لان الام ان ادت فقد ادت دينا على نفسها وكل من الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كما ذكر
فان قيل ان ادى احدهما ينبغي ان لا يعتق الابن الآخر لانه ليس اصلا فيها ولا تبعا له فالجواب ان احدهما اذا
ادى كان اداؤه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا فكذا اذا ادى احدهما قيل وهذا في
وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد لاجل هذا المعنى قوله وهي اولى بذلك من الاجنبي يريد ان هذا العقد
على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي فاولى وانه
لعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز فيهما قياس واستحسان لان الولدان يتعلقان
على الاجنبي وادى انه الحق والله اعلم

ادى احد

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال واذا كان العبد بين شريكين فاذن

احد

أحد الشريكين لصاحبه ان يكاتب نصيبه نفسه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض
الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصل
هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على
نصيبه عنده والاذن لا تفيد الاشتراك في الكتابة وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ
ان كاتبه بغير اذنه واعترض بان الكتابة اما ان يعتبر فيها معنى المعاوضة او معنى الاعتاق او معنى
تعليق العتق باداء المال ولو وجد شيء من ذلك من احد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للآخر
ولاية الفسخ فليس للكاتبة ذلك واجيب بان الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة ولكنها
يشتمل عليها فيجوز ان يكون لها خصوصية وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو لحاق الضرر ببطلان
حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير
ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا ينفسخ بتراضيهما فيتحقق المقتضي بانتفاء المانع واما المعاني
المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على
صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ اما الاعتاق
فظاهر واما التعليق فلانه يمين قوله واذنه له بقبض البدل بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض
وذلك لانه اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء من الكسب الذي نصيبه الآذن متبرعا بنصيبه من
الكسب عليه اي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض ويجوز ان يكون ضمير عليه للعبد اي فيكون الآذن متبرعا
بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا
لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض وتحقق فانه
له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري اجيب بان المتبرع عليه هو المكاتب
من وجه من حيث ان مقصود الآذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا
يستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فانه ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع
اذا لم يحصل مقصوده ولهما ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف
ووكيل في النصف وهو اي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه
بعجز وفي يده من الاكتساب وكان المصنف مال الى قولهما حيث اخره قال واذا كانت جارية بين رجلين
كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد
فادعاه اي صحت دعوته وثبت نسبه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لظهور التبيين لانه لما ادعى احدهما الولد
الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد في المكاتب يتجزى
عند ابي حنيفة لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد لانه يكون بتملك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك
الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزى بالاتفاق
لكن مع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة
تتبرض حريته عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية اجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتحقق الفسخ لا ينفسخ
الا بفسخ المكاتبة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وانما قيد بقوله
ظاهرا لان الظاهر ان يمضي على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت
الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق
ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة
ويضمن شريكه كمال عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف

فاذا لم يتحقق الفسخ منفعة

ووطئه سابق

قضاءً فلو يبقى للاول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة
اما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا
كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة على ما عرف واما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه
وطئ ام ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند ابي حنيفة
لان حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها اجيب بان هذا على قولهما واما على قوله فليس عليه
ضمان قيمة الولد ولئن كان ينبغي وقيل عن ابي حنيفة في تقويم ام الولد روايتان فيكون الولد متقوما
على احدهما فكان حرا بالقيمة وايهما دفع العقر الى المكاتبة يعني قبل العجز جاز لان المكاتب الكتابة
مادامت باقية فحق التصرف لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور
اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول وهي
مكاتبة له يعتق باداء البدل الى الاول ولا يجوز وطء الاخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له
لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن لان الاستيلاد طلب الولد وانه يعتمد بالنقل فالنقل
لا يتجزى وكذا لما ثبت به وهذا تكميل في القيمة بالاجماع وقد امكن هاهنا بفسخ الكتابة لانها قابلة
للفسخ فيفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا يتضرر به المكاتبة وهو امومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها
فيها نفع حيث تبقى محلا للاستبدال بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه اي فيما وراء ما لا يتضرر وهو
كونها احق باكسابها واكساب ولدها قوله بخلاف التدبير جواب عن قياس ابي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة
المشتركة ووجهه انا قد علمنا ان امومية الولد تستكمل ما امكن ولا امكان هاهنا لان التدبير غير قابل للفسخ
فاذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده قوله وبخلاف
بيع المكاتب جواب عما يقال لا نسلم ان الكتابة تفسخ في ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب
كما تفسخ في ضمن صحة الاستيلاد ووجهه ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى
ببقائه مكاتبا ولو ابطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ويجوز ان
يكون بيانا لقوله ويبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراء ما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فيبقى
الكتابة كما كانت قوله واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا
يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما بدليل
ما ذكره ابو حنيفة او انها تبقى مكاتبة بينهما فيما يتضرر به بالاجماع على ما ذكرناه ولا حد على واطئ
مكاتبته ويلزمه جميع العقر لا يعرى عن احدهما قوله واذا بقيت الكتابة صارت كلها مكاتبة
للاول قيل لعجزها اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا يتضرر به
المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول ابي منصور وقيل
يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا
يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وهو قوله وفي العناية يجوز ان يكون نحوا باعا يقال
الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب ان ينفسخ وقوله
ادت في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف البدل نظرا للمولى وان كانت لا تتضرر المكاتبة بسقوطه
فرجحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها
بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق يرد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا في تعليل ابي
حنيفة قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي حنيفة اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما
كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف موسرا كان او

قضاء نسخة | منه | وقدام الولد حكم | لا يتجزى | فيفسخ نسخة | تفصيل بقوله صارت كلها ام ولد له

معسر

معسرا لانه ضمان العتق وهو يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا
ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل
على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل
درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة
وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع نصيبه [illegible] الرقبة الا نصف
درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا [illegible] في قياس قول ابي حنيفة [illegible] اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا
القياس قولها فيما نحن فيه يعني قياس قول ابي يوسف الاول [illegible] نصف قيمتها مكاتبة وعلى
قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد
ذكرناه وان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك اما
عندهما فظاهر لان المستولد ملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت
الوطء فتبين ان التدبير صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلا يصح [illegible] بخلاف النسب
فانه يثبت من الثاني وان وجد الوطء منه لانه يعتمد الغرور لا الملك [illegible] ولد الاول [illegible]
[illegible] تعليل قول ابي حنيفة وهو قوله [illegible]
[illegible] كلها ام ولد له لانه زال المانع من الانتقال ويضمن لشريكه نصف عقرها ونصف قيمتها
جارية مشتركة ونصف قيمتها [illegible] الولد [illegible]
صحت دعوته لقيام الملك وهو الملك في المكاتبة وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة
فيها فلا يصح تدبيره ووجهه ما بينا في تعليل القولين اما على قول ابي حنيفة فقد سلف من
ذكرنا آنفا من قوله وتبين ان الجارية الى آخره واما على قولهما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صارت
ام ولد له الى آخره والا كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه
نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت
الى الرق فصارت كانها لم تزل قنة والجواب فيه اي في اعتاق احد الشريكين القن على هذا الخلاف
في الرجوع فان عند ابي حنيفة ان ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع
~~الخيارات عند ابي حنيفة ان ضمن الشريك المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع و في~~
الخيارات عند ابي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد
وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار
وغيرهما يعني الولاء وترديده مستسعا فان عند ابي حنيفة ان اعتق الساكت او استسعى فالولاء
بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق جميعا في الوجهين واما ترديده مستسعا
فانه لا يرد مستسعا مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وان
كان معسرا استسعى العبد لنصيب الساكت وابو حنيفة يراه كما هو مسئلة تجزي الاعتاق كما تقرر
في العتاق وهذا اذا عجزت فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو [illegible]
ومبناه ايضا على التجزي وذلك لان الاعتاق لما تجزى عنده لم يظهر افساده نصيب ما لم يعجز فاذا [illegible]
حينئذ ان يجعل نصيب الساكت كالمكاتب وهو خارج عن ملكه وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما يوجب ذلك في
القنية فيوجد الضمان وعندهما لما تنجز عتق الكل فله ان يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا
ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان العتاق فيختلف باليسار والاعسار قال واذا كان العبد بين
رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء المدبر ضمن المعتق نصف قيمة المدبر وان

فيستحيل | يضمن | وهيهنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملكه المدبر

استسعى العبد واعتاقه وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر
يضمن المعتق ولكن يستسعيه او يعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير
احدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيار التضمين والاستسعاء ويقتصر
الاعتاق على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه لثبوت حق الحرية فيثبت له
تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية ايضا كما هو مذهبه فان ضمنه نصف قيمته لنصيبه لان
الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمته القن
لان المنافع انواع ثلاثة البيع وما اشبهه من كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية
والاستخدام وامثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والعارية والوطء والاعتاق وتوابعه كالكتابة
والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والفائت من ذلك البيع الاول فيسقط الثلث واذا ضمنه
لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق فانه يضمنه ولا
يتملكه فكان ضمان جناية لانه اتلفه عليه وان اعتقه اولا يعني المسئلة الثانية كان للآخر الخيارات
الثلاثة عنده خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان العتق اقتصر على نصيبه وافسد نصيب
شريكه كما مر فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير صار مبرئا للمعتق عن الضمان يعني
وهو انه نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه متعلقا بشرط تملك العين منه ولكل
ان الضمان يتعلق بالتمليك اذ كان المحل وقت الاعتاق قابلا للتمليك كما اذا اعتق اولا وغصب القن
فابق وانما اذا دبر المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد
الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك فاذا اعرض ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك سقط الضمان
لفوات شرطه فصار موت الشرط بتفويته منزلة صاحبه عما لزمه وبقي له خيار الاعتاق والاستسعاء
لان المدبر يعتق ويستسعى وقالا ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما
فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف
باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لان تدبيره صادفه وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر
باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فيعتق كله وكلامه فيه ظاهر والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب موت المكاتب وموت المولى او عجز المكاتب

تاخير احكام هذه الاشياء ظاهر لنا سبب لان هذه الاشياء مما يخرج عن عقد الكتابة قال واذا عجز
المكاتب عن نجم النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة واذا عجز
المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال غائب يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر
عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم
للدفع فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال بينة حاضرة يؤخر يوما او يومين
او ثلاثة لا يزاد عليه وجعلنا هذا التقدير من باب التعجيل دون التاخير والاصل فيه قصة موسى مع
الخضر عليهما السلام قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار

ثلاثة ايام فانه يمهل ولا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه
اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط وهو ليس بمعلق لانه يعتمد الوجود فقط
والجواب ما اشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند احدهما
كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فانت طالق لان عقد الكتابة عقد ارفاق حتى يبنى على المسامحة
حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا ارفاق في الطلب عنه فلا بد من امهال
مدة ارفاق واولى المدد ذلك بما توافق عليه العاقدان فاذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال الآن
تحقق العجز عن ادائه فيفسخ لوجود مدة التاجيل الذي اتفق عليه العاقدان ولهما ان سبب
الفسخ وهو العجز قد تحقق لان من عجز عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين اعجز وهذا يكون العجز
سببا للفسخ لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول النجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن رضا به
وان يكون للقاضي ان يفسخ القاضي اذ لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على خلاف الروايتين
فان المكاتب اذا عجز عن اداء بدل الكتابة فلم يرض بالفسخ فهل يحتاج المولى به او يحتاج الى قضاء
القاضي فيه روايتان بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا وقوله
والآثار متعارضة جواب عن استدلاله بما روي عن علي رضي الله عنه وبيان ذلك انه روي عن ابن عمر
رضي الله عنه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الآثار اذا تعارضت
وجهل التاريخ تساقطت ويصار الى ما بعدها من الحجة فيبقى على ما قلنا من الدليل بقوله ان سبب
الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض لان دليل ابي يوسف خطابه لا يقابل المعقول فيثبت
الفسخ به قال فان اخل بنجم عند غير السلطان المراد بالاخلال هاهنا تركه اداء وظيفة بدل الكتابة في
الوقت الذي تعلق تعليقه بنجم اداؤها فاذا اخل هذا التفسير بنجم عند غير السلطان اي القاضي
فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى وان لم
يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم من جانب المولى لا يقدر على الابطال بالانفراد
تام ليس فيه خيار شرط فكل ما كان كذلك ففسخه يحتاج الى الرضا او القضاء كالرد بالعيب بعد القبض
وقد تقدم ان فيه رواية اخرى ان المولى يفسخه بلا قضاء ووجهها انه عقد عيب تمكن في احد العوضين
قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء ثم تمام العقد بخروج الفراغ عن اشتغال احكام نفسه فكذلك
الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك هاهنا
واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه
ظهر انه كسب عبده فهو له واذا قال لمولاه وكذا المال التي تعلق ان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة
وقضي عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق
عليه اولاده المولودون والمشترون في حالة الكتابة وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما
وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فهو لمولاه وهو
قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه
باطل لان المقصود عتقه كذلك وذلك لان العتق اذا ثبت فاما ان يثبت بعد الممات مقصورا او قبله او
بعد مستندا الى حالة الحياة لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له من محل ولا الى الثاني
لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا لشيء لم يثبت بعد ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد
المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق وصيانته بتحصيل

القواعد الاصولية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان اصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان ان هذا النص في الحال معلول وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحيته للاعلية كالعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة والتابعين وعدالته بظهور اثره في جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وسلم طريق ما يرد من ردم وادعاء الاضافة الى الحقيقي في هذا الموضع وامثاله فان يسر الله عليك ذلك بتعيين من عنده بعد الجثو على الركب لحضرة الحق تعالى فذلك الفوز العظيم تدرك والا فاياك ودعوى معرفة الهداية فيكون من الجهلة الذين ظهر عنده دعوى التحصيل غدره فالحق بالاخسرين اعمالا الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون صنعا قوله بل في الحجر انه يكون جوابا عما يقال لم يشترط موت المكاتب يكون العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود وهو المكاتب دون العاقد هنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المقتضي واما المانع اما المقتضي فالحاجة اكد من حق المولى حتى لزم العقد من جانبه واما المانع فلان الموت ان نفى المالكية منهم للملوكية فان المملوكية ضعف والموت لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها فينزل حيا تقديرا كما انزل الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث او في مسالة الحرية باسناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت فانه قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط اجاب المصنف بقوله ويكون اداء خلفه كادائه فلا يلزم ذلك ولا يتوهم ان العتق يتقدم على الاداء بل بعد الاداء قبل العتق ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعقود لما تقدم ان المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة الولد المولود في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه ان مات مفلسا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه في الاداء كما لو ترك وفاء وان الولد المشترى فكالمولود في الكتابة عندهما وقال ابو حنيفة يقال له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا هما اعتبراه بالمولود بجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا ملك المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكساب فان المولى لا يتصرف له في اكسابه ولهذا لا ينفذ على اعتاق عبد المكاتب وابو حنيفة فرق بين الفصلين على ما ذكره في الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشترى دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق المكاتب في اخر جزء من اجزاء حياته بطريق الاستناد فكان من ضرورته الحكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه ايضا في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون كسبه كسب حر عن حر وكذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته في تلك الحالة يعني اخر جزء من اجزاء حياته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت قال وان مات المكاتب وله ولد من حرة ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما وصورتها مكاتب مات وله ولد من امراة حرة وترك دينا على الناس وفاء بمكاتبته فالكتابة باقية وولاء الولد لموالي الام اما بقاء الكتابة فلان الدين مال المال المنتظر لان الدين باعتبار ماله مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدي البدل واما قيد الدين فلانه لو ترك عينا لم يكن القضاء بالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال واما ان الولاء لموالي الام فلانه لم يحكم بعتقه لم يظهر الولد ولا في جانب ابيه فان جنى هذا الولد جناية وقضى به اي بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكما يقرر

شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض قوله وان اختصم موالي الام الى اخره هو المسئلة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالي الاب وموالي الام ~~هي المسئلة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم~~ موالي الاب وموالي الام هي المسئلة الثانية فقال موالي الام مات رقيقا والولاء لنا وقال موالي الاب مات حرا والولاء لنا فقضى بولائه لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وهو واضح وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا اي بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء واذا كان القضاء بالولاء لهم نافذا انفسخ الكتابة لانتفاء لازمها وهو احتمال جر الولاء لما تقدم في المسئلة الاولى ان ذلك جر اللازم والشيء ينتفي بانتفاء لازمه وقيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانته بطلان ملحق رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب فكان ليس احد البطلانين ارجح واجيب بان صيانة القضاء اولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه اولى من صيانة كتابة اختلف الصحابة في بقائها قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه اذا كان المكاتب اخذ من الزكوة شيئا وعجز فاما ان عجز بعد ادائه الى المولى وقبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين اصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما اهدت اليه وهي مكاتبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح الفقير ما اخذ من الزكوة لغني او هاشمي فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ ولهذا اوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا اجر نفسه ثم عجز وكذا عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتاكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا اجر المكاتب امته ثم عجز لا يوجب فسخ الاجارة لان الخبث ليس في نفس الصدقة والا لما فارقها اصلا وانما الخبث في فعل الاخذ به لكونه اذلالا به وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وكذا بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول ابي يوسف لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتاكد ذلك كما ذكرنا انفا وههنا سؤال مشكل وهو ان ملك الرقبة كان للمولى بجهة مبدل

الملك واجيب بان ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب ان يمنع المولى عن
التصرف في ملكه وليس للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وكهو ذلك على
بتبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل
العين ولعل الاولى ان يقال المولى لم يكن له ملك بعد العجز وحصل ثم كان تبدلا قال واذا جنى
العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية فجعل مختارا للفدا وتجب عليه قيمته اما الاول فلعدم
علمه بالجناية فان عجز خير المولى بين الدفع والفدا لانه هذا اي لاحد هذين الامرين موجب
جناية العبد في الاصل والموجب الاصلي لا يترك الا لمانع فان الاصل عبارة عن حالة منشئة
لا يتغير الا بامور ضرورية والمانع عنه حال الكتابة قائم اما عن الفدا فلامر من عدم العلم واما عن
الدفع فللتعذر بالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال عاد الحكم الاصلي وكذا اذا جني وكما
مر من عود الحكم الاصلي اذا جنى المكاتب ولم يقض به اي بموجب الجناية عليه اي على المكاتب في الجناية
ثم عجز فمولاه اي ما قضى به من موجبها دين في ذمته يباع فيه اعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطاء
فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو احق بكسبه
وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن ارش
الجناية الا ترى ان في جناية المدبر وام الولد يجب على المولى الاقل من قيمتها ومن ارش الجناية
لانه احق بكسبه هكذا ذكره الكرخي رحمه الله واذا علمت هذا علمت ان الحق قد انتقل بالقضا من
الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلي صيانة
للقضا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع اليه ابو يوسف وكان يقول اولا يباع
فيه وان عجز قبل القضا الا ان يقضي المولى عنه وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة
قائم وقت الجناية فالجناية عندما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد
وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية
وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تاويل كلامه اذا كانت القيمة
اقل من ارش الجناية ولنا ان القول بالموجب وهو انا سلمنا ان المانع من الدفع قائم ولكن الكلام
في انه قابل للزوال لاحتمال الفسخ ولا شك في قبوله الفكاك بانفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال
فيتوقف على القضا او الرضا فان قيل ثبوته قبل قوله فلم يثبت الانتقال في الحال المتنازع فيه لانه مذهب
زفر ان جناية المكاتب تصير ما لا في الحال من غير توقف على الرضاء او القضاء فالوجه اخذه في الدليل
قلنا لو سلم فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال الا مكان عود الموجب الاصلي نقضا كالعبد المبيع
اذا ابق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ على القضا لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد
لانهما لا يقبلان الزوال فكان الواجب في الابتدا هو القيمة قال واذا مات مولى
المكاتب لم تنفسخ الكتابة كي لا يؤدي الى ابطال حق المكاتب لانها سبب حريته وحريته حقه وسبب حق المرء
حقه لا ينفسخ بموته فاما اذا مات المولى لم تنفسخ كي لا يؤدي موته الى ابطال
حقه وقيل له ادا المال الى ورثة المولى على نجومه اي موجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه
والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغير ولهذا لا يتغير المكاتب صحيحا صح تصرفه
بتاجيل الكل لاعتباره من الكل وما اذا كان مريضا وكاتب فان المكاتب يؤدي بكل القيمة حالا او يرد
رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتاجيل غير الثلث كاسقاطه وقوله الا ان الورثة تحلقوه
استثناء من قوله ولا يتغير قبل وكانه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق اسقاطها

البدل ايضا للورثة وهو تغيير فقال لقيامهم مقامه في الاستيفا لا يسمى تغييرا في عقد الكتابة لانها
باقية كما كانت فكما ان سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيرا فكذلك دين الكتابة فان
اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا
بالارث ولا عتق فيما لا يملكه ابن ادم وان اعتقوه جميعا عتق استحسانا ووجه القياس ما ذكرنا
من عدم الملك ووجه الاستحسان انه يصير اعتاقهم ابراء فانهم يملكونه بطريق الارث فيه واذا
برئ المكاتب عن جميع بدل الكتابة عتق كما اذا ابراه مولاه فان قيل فاجعل اعتاق احد الورثة
ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لانا لو جعلناه ابراء اقتضا تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت في المكاتب
بابراء بعض البدل فانه لا في بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو
ابرا المورث عن بعض البدل لم يعتق شيء منه واذا لم يكن اثبات المقتضي لا يثبت المقتضي
فلا وجه للابراء للبعض وكذلك الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله اعلم

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من اثار زوال الرقبة وقد ساق هو حيث
ترتيب الابواب على النهج المتقدم التكاتب الى هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولاء عن كتاب
المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر والولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق
من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن
تناصر يوجب الارث والعقل وسبب الولاء نوعان تنوع الولاء باختلاف السبب الى نوعين قال الاول
ولاء العتاقة ويسمى ولاء النعمة اقتباسا بقوله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه
اي بالاعتاق وهو زيد وسببه العتق على ملكه في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول
اكثر اصحابنا ان سببه الاعتاق ابتداء لا بقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق وانما
كان ذلك صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق
سببا اولى لعمومه والثاني ولاء الموالاة وتسمية العتق على ما سنذكره قوله ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة
بيان تسبب النوعين لان كلا منهما يضاف الى شيء والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول وقوله اي المعنى فيهما
التناصر بيان معنى هما الشرعي قوله وكانت العرب تتناصر باشيا بيان وجود التناصر فيهما فان العرب
كانت تتناصر بهما وبالحلف والحليف وقد قرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم
بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون
الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن
اعتق ووجه الاستدلال ان الحكم ترتب على مشتق فيه دلالة على ان ذلك الحكم فان قيل ما الدليل
على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل
في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق وقوله التناصر به اي بسبب الاعتاق دليل على الامرين الثابتين
به وهما العقل والميراث وتوريث المولى يستحقه بالولاء بسبب العتق وهو ينتصر بشخص بعقله لانه

الغنم بالغرم يعني ينتصر بغرم عقله والمولى احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما
الا ترى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تتعلق بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي
الى الجمعة والخروج الى العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق يثبت هذه الاحكام في حقه
فكان احياء معنى ومن احيى غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب
الارث فكذلك ولانه ثبت انه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم بقوله ولان الغنم بالغرم
بحكم الوجهان فلهذا اخر قوله وكذا المراة تعتق يعني ان ولا معتقها لها لما روينا
من قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق وقوله ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنها
معطوف على قوله لما روينا يعني ذكر استدلالا على ثبوت الولاء للمراة وروي ان بنت حمزة
اعتقت عبدا لها ثم مات المعتق وترك ابنة فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما
نصفين ويستوي في ثبوت الولاء الاعتاق بمال وبغيره والعتق بقرابة او كتابة بعد الاداء
او تدبير او استيلاد بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء او بجهة الواجب ككفارة اليمين
وما شبهها لاطلاق ما ذكرناه يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق وما ذكر من المعنى
المعقول فان شرط انه سائبة اي تكون حرا ولا ولاء لاحد بينه وبين معتقه فالشرط باطل والولاء لمن
اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب كلامه ظاهر ولا يحتاج الى
شرح وذكر مسئلة جر الولاء بين مواضع الجر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع على
الولد مقصودا لا ينتقل ولاؤه ابدا وان وقع تبعا لامه ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه
وعلى هذا اذا اعتق الرجل امة وولدها عتقا وولاؤهما له فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر
ولاء الابن لما كان منفصلا عن الام كان محلا كالمالك الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع
احدا وكذا اذا اعتقت الام وهي حامل واعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر بيوم ثم
اعتق الاب رجل اخر فكذلك لا ينتقل ولاء الحمل الى الاب لان المولى قصد اعتاق الام [illegible]
ولدت لاقل من ستة اشهر حصل التيقن بقيامه فيه وكذلك اذا ولدت احد التوامين لانهما
يتعلقان معا فان قيل الحبل اذا ولدت بعد الزوج والحمل كان وكذا الولد لموالي الاب فالفرق
اجيب بان الجنين عرضا قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له واذا
اعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة اشهر فولاؤه لموالي الام لانها ما ولدت كذلك لم يتعين قيام الحمل
وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء
فان اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء لحمة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة
كلحمة النسب الحديث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كان ضرورة عدم
اهلية الاب لرقه فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كما في ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة
فاذا اكذب الملاعن نفسه عاد الانتساب اليه ونوقض قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بما اذا
اعتقت المعتدة عن طلاق او موت ثم جاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حتى يكون
الولد مولى لموالي الام لم ينتقل عنهم وان اعتق الاب فالجواب ان العود اليه بعود الاهلية فيما ثبت
العتق لا بد اصالة لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة
الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لانه يصير مراجعا بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل
ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج
الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك استند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا

عند

عند الاعتاق فيعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم وتبين من هذا انها
اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى للتيقن بوجود الولد عند الموت
والطلاق واما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه مختلف بالطلاق البائن والرجعي
ففي البائن مثل ما كان واما في الرجعي فولاء الولد لموالي الاب لتيقننا بمراجعته وذكر لفظ الجامع
الصغير لاشتماله على بيان الفعل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح قال
ومن تزوج من العجم تزوج مسلم من العجم لم يعتقه احد معتقة من العرب فولدت اولادها لمواليها
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واموالهم لهم لا للذي ارحامه حتى لو ترك هذا الولد خالة او عمة
لم يكن لها شيء في وجود معتق الام وعصبته وعند ابي يوسف حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه
ولاء عتاقة وانما يورث ماله بين ذوي ارحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه
لا يكون ولاؤه لموالي امه لان النسب الى الاباء فان قيل لما كان النسب الى الاباء وجب ان يستوي
الاب الحر والعبد وليس كذلك اجاب بان العبد هالك معنى لانه لا يملكه نفسا ولانه اثر الكفر
والكفر موت حكمي قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه فصار كالعدم الولد في الحكم كالعدم
لا اب له فينسب الى موالي الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية حياة باعتبار
صفة المالكية والعرب والعجم سواء ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله حتى اعتبرت
الكفاءة فيه ان الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعتبر في الكفاءة فمن له اب واحد في الحرية
لا يكون كفوا لمن له ابوان فيكون النسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان
تفاخرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من له اب واحد في الامارة كفوا لمن له ابوان في ذلك قال
المصنف رحمه الله الخلاف في مطلق المعتقة وانما قال ذلك لان محمدا ذكر المعتقة مطلقا
حتى لو تزوج معتقة عبد العرب كان كذلك فكان وضع القدوري في معتقة العرب اتفاقيا
وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان ان محمدا ذكر المعتقة مطلقا ولاشتماله على ولاء الموالاة وذلك
واضح في الكتاب قوله كالمولود بين واحد من الموالي يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية
فولدت اولادا فانهم ينسبون الى قوم ابيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام
ضعيفة وقوله وان كان الابوان اي الوالدان معتقين راجع الى اول الخلاف يعني ان كانت
الام معتقة والاب والى خلافه الخلاف واما اذا كان الوالدان معتقين فقد اجمعوا ان
النسب الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء
لحمة كلحمة النسب وفي الحقيقة النسب يضاف الولد الى الاب في النسب والولاء كذلك في الولاء
ولان النصرة به اي بالاب اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب التعصيب هو جعل الانسان
عصبة ومنه قولهم الذكر يعصب الانثى وهو اي مولى العتاقة احق بالميراث من العمة والخالة
لقوله صلى الله عليه وسلم للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير
له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته قوله هو
اخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لانه انتدب الى ما ندب اليه
وشر لك لانه اوصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينقص بقدره من ثواب الاخرة وان كفرك
فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله في الاخرة لانه كفر النعمة وقوله كنت انت عصبته
يدل على ان المراد عند عدم عصبته حيث لم يقل كنت وارثه وورث النبي صلى الله عليه وسلم
ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام وارث هو بنت الميت وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم

لان النبي عم قدم على الرد حيث ورث بنت حمزة وما زاد الباقي على بنت الميت والرد مقدم على ذوي الارحام كفاية

اعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبة هو الذي يأخذ ما ابقته الفرايض واذا كان عصبة يقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق اخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك وارثا وارث هو عصبته استدلالا باشارة الحديث كما قلنا في بيانه قوله كنت انت عصبته وبالحديث الثاني اي بحديث بنت حمزة فتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام وان لم يكن له اي للمعتق عصبة من النسب فميراثه للمعتق تأويله اي تأويل قول القدوري هذا اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه وذكر في الجامع الخلاصة تأويلين احدهما ان معنى قوله صاحب فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب والجد فان لهما حالا سوى حال الفرض وهي العصوبة اما اذا كان فله اي لمثل هذا الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتق شيء والثاني ان معناه ذو حال واحد كالبنت اما اذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني اوجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله لانه عصبة يعني انما كان عصبته لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة اي القبيلة وتعريف العصبة هو يكون تناصر القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار على ما مر في اول كتاب الولاء وهو قوله والعصبة تأخذ ما بقي تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة تأخذ الباقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لما ذكر في الكتاب وقوله لما قدمناه اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى ان قال جر الاب ولاء ابنه وقد ذكر جر المعتق ومعتق المعتق في النهاية ناقلا عن الذخيرة فليطلب ثمه قوله ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر وكل من ثبت من جهته شيء ينسب اليه لانه علم اي ذلك فثبوت المالكية ينسب اليها بالولاء وينسب اليها من ينسب الى مولاها لان معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا ينتسب الا من الاب لان سبب النسبة فيه الفراش والفراش هو الزوج لانه المالك والمرأة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث لاصحاب الفروض ويختص بهم نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة بالذكور دون الاناث ولو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد وصورته امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت عن اب وابن ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع فقال للاب السدس والباقي للابن لان الابوة يستحق بها النبوة لان الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصر محجوبا عن ميراثها فكذا عن ميراث معتقها ولهما ان اقرب العصبات تقوم مقام المعتق والابن هو العصبة دون الاب وانما يستحق الاب السدس منها بالفرضية دون العصوبة وكذا الولاء لجعل مولاه اذا ابنه واخاه لابويه او لاب كان ميراثه للجد عند ابي حنيفة لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده اقرب في العصوبة ولو ان امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب في العصوبة وان عقل جنايته المعتق على اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب لانه من قوم ابيها وجنايته وجنايتها على قوم ابيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها وجنايته جنايتها وجنايتها على قوم ابيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها ولو ترك المولى ابا وبني ابن اخر فميراث المعتق للابن

اي عقد قوله صاحب فرض ذو حال

وكان من العرب تتناصر باشياء وقوم يتناصرون بالولاء بنو عمه

ينخلعه فيه من يكون به النصرة

دون

دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا الا ترى ان المعتق اذا مات وترك ابنا او ابن صغير وكذا لو مات المعتق فالولاء بينهما نصفين لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلبي اقرب فيستحق الجميع والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

فصل في ولاء الموالاة

اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة اقوى لانه غير قابل للتحويل بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان يتحول قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا وصورة هذا الولاء ان يتقدم رجل ويسلم على يد رجل ويقول له او لغيره واليتك على انني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك ويقبل الاخر منه وله ثلاث شرائط احدها ان يكون مجهول النسب لا ينسب الى غيره اما نسبه الى غيره فلانه غير مانع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا اجيب بان المذكورة انما هي الشرائط الخاصة المحتاج اليها في كل واحد من الصور واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره واما حكمه فهو وجوب العقد على عاقلة الاعلى اذا جنى الاسفل وتحمل ميراثه اذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير الا قوله وان كان له وارث فهو اولى منه وان كان من ذوي الارحام فانه اورد عليه بانه ينبغي ان يكون الثلث للمولى كما لو اوصى بكل ماله لاخر وله وارث معروف واجيب بانه جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الوراثة ذو القرابة ارجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا في كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية في الثلث فانها خلافة في المال المقصود فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصية لانه ما اوجب له ذلك مقصودا له ولا بطريق الارث لترجيح استحقاق القريب عليه وخلاف قوله الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الاخر كما في عزل الوكيل فانه اورد عليه بان سبب اشتراط الحضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ هنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب بان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فان العقد بينهما وفي تفرد احدهما الزام الفسخ على الاخر بدون علمه او الزام شيء على الاخر من غير علم به تعنيه ضرر لا محالة لانه فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله بدون علمه وخلاف قوله لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة فانه عزل الوكيل كالغيبة مقصودا لا يصح وحكما يصح كما لو اعتق العبد الذي وكله ببيعه فانه اورد عليه لماذا لا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الاول واجيب بان الولاء كالنسب

اي عقل الاعلى وحريته

اي حكم ولاء الموالاة

اي فسخ عقد الموالاة

في عقد الموالاة

اي في الزام شيء على الاخر بدون علمه

الجواب الصحيح عما ذكره شرط ما ينعقد والكلام في شروط عقد الموالاة فتدبر ثم

والنسب ما دام ثابتاً فإن انتفاءه لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول ذكر ذلك كله في النهاية والله أعلم بالصواب وإليه المآب.

كتاب الإكراه

قيل للولاء تغيير حال المولى الأسفل عن حرمة أكل مال المولى الأعلى بعد موته إلى الحل كما أن الإكراه يغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل فكان بعد موته مناسباً أن يذكر الإكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة حمل الإنسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلاناً أي حملته على أمر يكرهه وفي اصطلاح الفقهاء ما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملاً ينتفي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو إشارة إلى نوعي الإكراه أو يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر لكن لا بد منه بتقدير في أو يفسد به اختياره بعد ذكر أنواع الإكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه وقوله مع بقاء أهليته إشارة إلى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكره مخاطباً وأما شرطه وحكمه فيأتي في أثناء الباب قال الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به شرط الإكراه حصوله ممن هو قادر على إيقاع المتوعد به سلطاناً كان أو لصاً وخوف المكره وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به الإكراه محمولاً على ما دعي إليه من المباشرة فإذا حصل ذلك يثبت حكمه على ما سيجيء تفصيله ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص لأن تحققه يتوقف على خوف المكره تحقق ما توعد به وذلك إنما يكون إذا كان المكره قادراً على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان عندهما والذي قاله أبو حنيفة إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قال المشايخ هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لأن مناط الحكم القدرة ولم يكن في زمنه إلا السلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان فإذا أكره على بيع ماله أو شراء سلعة أو الإقرار لرجل بألف أو إجارة داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس فهو إكراه يترتب عليه الحكم فإن فعل ما دعي إليه ثم زال الإكراه فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فتفسد وإن أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لم يكن إكراهاً لأنه لا يبالي به نظراً إلى العادة إلا أن يكون المكره صاحب منصب يعلم أنه يستضر به فهو إكراه لوجود العلة حينئذ وهو فوات الرضا وكذا الإقرار حجة معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد والإقرار أيضاً يفسد بالإكراه بهذه الأشياء وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة في غير الإكراه لترجيح جنبة الصدق وعند الإكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما إذا أكره على الإقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فهو إقرار كما في البيع إلا إذا كان

المكره صاحب منصب وعز ومرتبة فإن الشرفاء والأجلة من العلماء والكبراء وأولي المناصب يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستنكف غيره من ضرب سياط وحبس أيام ولهذا قال محمد ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به ثم إذا باع مكرهاً يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف على الإجازة قبل الإجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار ولنا أن ركن البيع صدر من المالك البالغ العاقل مضافاً إلى محله وهو المال والفساد لفقد شرطه وهو التراضي قال الله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وأثر انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا فيثبت الملك عند القبض والبيع بشرط الخيار إنما لا يفيد لأنه جعل العقد في حق حكمه كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فإذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه كالتدبير والاستيلاد جاز ولزمته القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة فإن قيل لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما كان جائزاً بالإجازة أجاب بأن إجازة المالك ترفع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف سائرها فإن المفسد فيه باق قوله إلا أنه لا ينقطع به استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فإن فيها إذا باع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الأول حق الاسترداد وههنا لا ينقطع بسبب الإكراه حق الاسترداد للبائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك لأن الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى لحاجته أما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني قال المصنف ومن جعل البيع الجائز المعتاد يريد به بيع الوفاء وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بما لك علي من الدين على أني متى قضيت الدين فهو لي أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أني إذا دفعت إليك ثمنك تدفع العين إلي وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض الأحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة إليه واختاره المصنف وأشار إليه بقوله البيع الجائز ومن المشايخ من جعله بيعاً فاسداً وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لأن الفساد لفوات الرضا كما في البيع المكره عليه ومنهم من جعله رهناً لقصد المتعاقدين لأنهما وإن سمياه بيعاً لكن غرضهما الرهن والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني فلا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع إلا بإذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره والدين ساقط بهلاكه في يده إذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة إذا هلك من غير صنعه وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً بالهازل لأنهما تكلما بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه ولو مات أحدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله هو المعتاد أنهم في عرفهم لا يقصدون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشتري ويرد المشتري المبيع على البائع من غير امتناع ولا يكون ذلك إلا إذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة ولهذا يسمونه بيع الوفاء لأنه وفى بما عهد من رد المبيع قال فإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع لأنه دلالة الإجازة كما في البيع الموقوف إذا قبض الثمن كان إجازة ودلالة الإجازة تقوم مقام الإجازة وكذا إذا سلم المبيع طائعاً بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع لأنه دلالة الإجازة بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة ولم يذكر

الدفع ونهب كرهها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا اي فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة
بناء على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته
والفرق بينهما ان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة
بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع دون البيع وان قبضه اي الثمن مكرها
فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد فيكون الثمن امانة عنده لانه
اخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك انما يوجب الضمان اذا كان للتملك وههنا لم يكن
كذلك لانه كان مكرها على قبضه وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته
للبائع لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة
والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح آلة له من
حيث التكلم فان التكلم بلسان الغير لا يتصور فكان المكره دفع مال البائع الى المشتري وان شاء ضمن
المشتري لان الهلاك حصل عنده فكان لكل واحد منهما احدث سببا للضمان كالغاصب وغاصب
الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع باداء الضمان وان ضمن المشتري
اي مشتراك نفذ الاول نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود اي تداولته لانه ملكه بالضمان
فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الملك استند الى وقت قبضه وقال الشارح [illegible] المشتري
يعني في صورة الغصب بما عرفت الحامل له على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو
على نفي الترديد من تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الاصالة
فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده
وعم الجميع ههنا اجاب بقوله لانه اسقط حقه يعني في صورة الاجازة وهو اي حقه هو المانع
فعاد الكل الى الجواز فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا اجاز
بيعا من البيوع تنفذ المجاز خاصة اجيب بان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف
على اجازته لمصادفته ملكه فتكون اجازته احد البيوع تمليكا للعين من المشتري فيخرج ذلك البيع
فلا ينفذ ما سواه واما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف
نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفرق الحال بين اجازته البيع الاول او الآخر فلهذا
تنفذ البيوع كلها باجازته عقدا منها (اي من العقود المتناسخة)

فصل في هذا الكتاب

لما ذكر احكام الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان احكام الاكراه الواقع في حقوق الله
وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته وذكر تقسيم الاكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس او عضو
من الاعضاء وغير الملجئ وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول
والفعل والثاني ان كان على فعل فليس بمعتبر ويجعل كان المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على
قول فان كان قولا يستوي فيه الجد والهزل فكذلك والا فهو معتبر وعلى هذا اذا اكره على ان يأكل الميتة
او يشرب الخمر بحبس او ضرب يسير لا يخاف به تلف النفس او العضو او قيد لم يحل الاقدام على ذلك

وان اكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير
لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا
ضرورة عند عدم الخوف على النفس او العضو حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له
ذلك ولا يحل له على ان يصبر على ما توعد به واشار الى ان الملجئ فيما ذكر عنده بغلبة الظن لان
الانسان في احتمال الضرب متفاوت وليس فيه نص مقدر يعتبر فيه غالب الرأي ممن ابتلي ولا معتبر
لمن قدر في ذلك ادنى الحد وهو اربعون فقال ان تهدد باقل منها لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع
بطريق التعزير يقام على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصب المقدار بالرأي وهو لا يجوز فان
صبر حتى اوقعوا به اي قتلوه او اتلفوا عضوا منه ولم يتناول وهو عالم بالاباحة نوى آثما
لانه لما ابيح من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن او العقل والعرض
وحفظ ذلك مع فوات النفس او عضو كان بالامتناع عن الاقدام مخالفا والقي نفسه الى التهلكة
فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف انه لا يأثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذ الحرمة صفة
الخمر والميتة وهي قائمة فاذا امتنع كان آخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا لا نسلم ان الحرمة
قائمة لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم
اليه والاستثناء من التحريم اباحة فكان لبيان ان المستثنى لم يتناوله صدر الكلام فلا
محرم حينئذ فكان اباحة لا رخصة فامتناعه عن التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال
حتى يتلف نفسه او عضوه وكان آثما لكنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان انكشاف
الحرمة خفاء لانه امر يختص بمعرفة الفقهاء فيعذر اوساط الناس بالجهل به كالجهل بالخطاب في
اول الاسلام او في دار الحرب فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد
فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه
قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما يفضي الى الحرام حرام قال وان اكره على الكفر والعياذ
بالله تعالى اعلم انما لا يعتبر اكراهه في تناول الميتة والخمر لا يعتبر في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان
حرمة الكفر اشد فاذا اكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس او العضو لا يسعه الاقدام عليه واذا خاف
على ذلك جاز له ان يظهر ما امروه به من اجراء كلمة الكفر ولكنه يوري عن التورية ان يظهر خلاف ما
يضمر فيه وان يكون المراد ههنا اطمئنان القلب وجاز ان يكون بالاتيان بلفظ يحتمل معنيين
فان اظهر ما امر به موريا كان ناويا على المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايمان لم يأثم لحديث عمار
بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا
بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان وقصته معروفة
وقوله صلى الله عليه وسلم فعد اي الى طمأنينة القلب لا الى الاجراء والطمأنينة جميعا لان ادنى درجات
الامر الاباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا ينكشف حرمته وموضعه
اصول الفقه قوله ولان بهذا الاظهار رد لدليل معقول وجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار
حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم
تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما يحتج فيه فوت حق العبد
يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى اباحته فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا
لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء
وقال في مثله اي فيه كما تراه هو رفيقي في الجنة وقصته معروفة ايضا ولان الحرمة

عليه حتى العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضا لم يبق
العبد وكما نقول في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف
دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا واذا ظهر ان المكره آلة للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه
وبين من اصابته مخمصة حيث يقتل انسانا واكل لحمه حتى يجب عليه القصاص لان الجناية تطيعه فانه يجب
عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكره لانه ليس بمكره لكون آلة له تنتهي الى غيره بخلاف ما
نحن فيه قال في النهاية قال مشائخنا هذا المكره لو امر بالغا عاقلا او معتوها وعلى انه غير بالغ فالعهدة
على الآمر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخي علاء الدين عبد العزيز الى السهو وقال الرواية
في المبسوط بفتح الراء دون كسرها ونقل عن ابي اليسر في مبسوطه ولو كان الآمر صبيا او
مجنونا لم يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي وهذا المجنون وهو ليس
باهل لوجوب العقوبة عليه قال وان اكرهه اي وان اكره الرجل على طلاق امرأته او على عتق
عبده ففعل ذلك وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي فان تصرفات المكره كلها باطلة لان الاكراه
[illegible] بحق وقد مر دليل الفريقين في الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آلة
له فيه من حيث الاتلاف ثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له في حق
التلفظ كذلك في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ
قد يكون غير [illegible] في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة بالنسبة الى الحكم الاتلاف دون التلفظ
واذا صح كونه آلة صحت الاضافة اليه فلذلك يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية عليه
اما وجوب الضمان فبقيا اذا قال المكره اردت بقوله حر عتقا مستقبلا كما طلب مني فانه
يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد لانه اتى بما امر به على وفق ما اكرهه
وكذا اذا قال لم يخطر ببالي سوى الانشاء [illegible] وان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى
كاذبا واردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما اكره عليه فكان طائعا
في الاقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيئا لان العبد عتق بالاقرار
طائعا لا بالاكراه فلا ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلفه بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض
لا يستلزم ان الولاء عوض لان شبهة العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضا عما اتلفه
بالاعتاق له بما اصلا سلمناه ولكن انما يكون كذلك اذا كان العوض مالا كما لو اكره على
اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض وهو في حكم المال كما في منافع البضع
اذا اتلفها مكرها لان منافع البضع متقومة عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الاترى
انه اذا شهدا بالولاء ثم رجعا لا يضمنان واما عدم السعاية فلانها انما تجب للتخريج الى الحرية كما هو
مذهب ابي حنيفة ان المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا او لتعلق حق الغير
ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شيء من موجبي السعاية في العبد وهو المرهون به وهذا على
مذهب ابي حنيفة سالم عن النقض واما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه
فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه ويزاد لهما في التعليل فيقال عتق
على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مؤاخذ
باتلافه فلا يغني ان المكره انما ضمن من حيث انه جعل متلفا للعبد فكانه قتله والمقتول لا يضمن شيئا
قال ويرجع بنصف مهر المرأة الجواب فيما اذا اكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا ان
لم يدخل بها نظير الجواب بعينه [illegible] نصف الصداق وقيمة العبد [illegible] لم يسم رجع على المكره بما لزمه

باقية قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع وكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم من اكل
الميتة وشرب الخمر لان الحرمة هنا لم تبق باقية للاستثناء كما تقدم فان عورض بان اجراء كلمة الكفر على
لسانه حالة الاكراه واثما وضع عنه المؤاخذة والغضب والنشر عن صدره نفي الغضب وهو
حكم الحرمة لانه ليس بمنقوض وعدم الحكم عدم العلة كما في شهر رمضان في حق المسافر والمريض فان
السبب موجود والحكم متأخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة
فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة السبب الشرعي كما مثل به فاما تخلف
الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى فمن كان منكم مريضا
او على سفر فعدة من ايام اخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب ابو بكر الرازي الى ان
الامر في قوله صلى الله عليه وسلم فان عادوا فعد للاباحة وقولهم للاباحة وقولهم ان الكفر مما لا ينكشف
حرمته صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مع طمأنينة القلب قال وان اكره على اتلاف مال مسلم وان
اكره رجل على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه جاز له ان يفعل ذلك لان مال الغير
يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره
والاتلاف من هذا القبيل لان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويلقيه على المال ويتلفه وقوله فيما يصلح
احتراز عن الاكل والتكلم والوطء فانه فيها لا يصلح آلة له وان اكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه ان
يقدم على غيره بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح بالاكراه
وهذا لا نزاع فيه واما وجوب القصاص ففيه اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما ان يجب
على المكره والمكره جميعا او لا يجب على احد منهما او يجب على المكره [illegible]
يجب على المكره وحده او على العكس فالاول قول الشافعي والثاني قول ابي يوسف والثالث قول ابي
حنيفة ومحمد والرابع قول زفر رحمه الله لان الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة
وحسا فانه هكذا يشاهد ولانه تقرر عليه حكمه وهو الاثم فايجاب القصاص على غيره غير معقول غير
مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن معتبرا عليه شرعا في
اضافته الى غيره وهكذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب
في القتل منه والتسبيب في هذا في العمل كالمباشرة عنده كما اذا شهدا على رجل بالقتل العمد
فاقتص المشهود له من المشهود عليه بقتله فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب ولقائل ان يقول في
كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا
للشافعي وهو يضيفه الى غيره ايضا والجواب ان دليله يدل على عدم اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي
يضيفه الى الغير تسببا فلا تنافي ولابي يوسف ان القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه
والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر والى [illegible] ابي حنيفة ومحمد لان تأثيم الطائع
يدل على تقرر الحكم عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على انه كالآلة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان
كذلك كان شبهة والقصاص يندرئ بالشبهات ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا للحياة والمحمول على الفعل
بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فانه بطبعه القطع عند استعماله في محله فيصير آلة للمكره
فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل مضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان
آلة لما اضيف الاثم الى المكره كالقتل اجاب بقوله ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل في حق
الاثم مقصورا عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف
مالية العبد حتى وجب عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التلفظ بالكلام حتى يجب

عليه

كما جحد بحكم النكاح هذا عند ابي حنيفة بلا بينة وان وجب البراءة لكنها براءة مكرهة والبراءة مع الاكراه لا تصح
وان لم يبق رجع عندهما خلافا له لانه عن حكم في هذه الصورة على البراءة لكنها براءة مكرهة والبراءة مع
الاكراه لا تصح وان لم يبق رجع عندهما خلافا له لانه يمكن في هذه الصورة على البراءة لكنها ... قال وان
اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان اعلم ان الزنا في وجوب الحد لان الزنا
من الرجل لا يتصور الا بانتشار الآلة وذلك لا يكون الا بلذة وهو دليل الطواعية بخلاف المرأة فانها
محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره هو
السلطان لان الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى ان حصل خوف التلف
على نفسه فكان نصا في الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في اسقاط
الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لانه امر طبيعي ينتشر من النائم من غير اختيار وهذا
وجه قول ابي يوسف ومحمد انه لا يلزمه الحد واما تقييده الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اختلاف
العصر كما تقدم في اول هذا الكتاب ... وقيل من قبيل
اختلاف الحكم ووجه قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره
الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان اذ تحققا لان السلطان يعلم انه لا يغوثه فيعود
في امره وعدم مخافة الفوت بالالتجاء الى السلطان فيحصل في الايقاع ووجه قوله ان المكره يعجز عن دفع
السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق
في موضع ... لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب
المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وكل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطء في غير
الملك لا ينفك عن احدهما فاذا سقط الحد وجب المهر اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل
او اذنت له بذلك اما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها واما الثاني فلان الاذن له ليس
بحل الوطء فكان اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا وان اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة
بتبدل الاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لم يكفر وفي تبدله شك وكان الايمان ثابتا
بيقين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها من البينونة ويجوز ان يجعل كلامه دليلا على احد الامرين
لقائل ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان
يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاد الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان
وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البينونة المرتبة على الكفر بالشك فان قالت المرأة قد
بنت منك وقال الرجل قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا وفي القياس القول
قولها فتقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوي فيه الطائع
والمكره كما في الطلاق وجه الاستحسان ان التلفظ بكلمة الكفر غير موضوع للفرقة بمعنى يظهر فيها ظهورا
بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل انما تم عليه دلالة
مجازية مع الاكراه لا يدل على التبدل ... ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان
القول قوله بخلاف ما اذا اكره على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل ان يكون لفظه موافقا لاعتقاده
واحتمل ان لا يكون رجحنا الاسلام في الحالين قيل اي في حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام لان الاسلام
يعلو ولا يعلى فلم يجعله كفرا في الصورة الاولى وجعله مسلما في الصورة الثانية ترجيحا للاسلام وهذا
في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم وكان هذا اشارة الى ما قال الامام
ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي حنيفة ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء

من المتعة لان العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف اما في العتق فقد تقدم واما في الطلاق فلقوله
لان ما عليه اي على الزوج كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها
بغير اكراه او بالارتداد والعياذ بالله وما كان على شرف السقوط تأكد بالطلاق مكرها فكان على شرف السقوط تأكدا
وللتأكيد شبه بالايجاب ابتداء اوجب ذلك على المكره فكان اتلافا للمال من هذا الوجه وللمكره
في حق الاتلاف بمنزلة الآلة فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر
بالدخول لا بالطلاق فينتهي ... ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن
بمال الا ترى ان الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان ولو اكره على التوكيل
بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل اي طلق او اعتق جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل
فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يؤثر في فساد العقد فكان كشرط فاسد والشروط الفاسدة
لا تؤثر في فساد الوكالة اما انه كالشرط الفاسد فلما تقدم انه يعدم الرضا فينعقد به الاختيار فكان
كانه شرط شرطا فاسدا فانه يفسد العقد لا يمنع عن الانعقاد واما ان الوكالة لا تفسد بالشروط
الفاسدة فلانها من الاسقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل ... نافذ فاذا ... يرجع المكره
على المكره بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الاكراه وقع
على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يكون التلف الثابت كما في
الشاهدين شهدا ان فلانا وكل فلانا بعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان
ان مقصود المكره زوال الملك بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك فكان ما فعل وسيلة الى الازالة فيضمن
ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل فيه يعني ذلك
ان كل ما لا فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان الاكراه يفوت الرضا
وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق وما لا يحتمل الفسخ
لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان اكره على ان يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك ولا يرجع
بشيء على المكره مما لزمه لانه لا مطالب به في الدنيا فلا يطالب بما غرم فيها وكذا اذا اكره على يمين
انعقدت او على ظهار صح وكذا على رجعة فتصح وكذا على ايلاء او فيء في الايلاء باللسان فتصح
لان الرجعة والايلاء والفيء تصح مع الهزل وما يصح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فان اكره على اعتاق عبد
عن كفارة اليمين او الظهار ففعل اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه امره بالخروج عما لزمه وذلك
من حسبة لا اتلاف بغير حق وان عين عبدا لذلك ففعل عتق ولم يجزه عن الكفارة ويرجع على المكره
بقيمته لانه اتلف عليه ماليته حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه واذا ... له الرجوع لم يكن كفارة
لانها ليست بمضمونة على احد وان ترك الوطء في مدتها اربعة اشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه
نصف المهر لا يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من القربان في المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضا منه
بما لزمه من الصداق وان قربها وكفر لم يرجع على المكره بشيء لانه ... ما اكرهه عليه وان اكره
على ان يخالع امرأته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق
بلا بدل فكذا ببدل لانه يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيها الاكراه كما تقدم فلا يلزم البدل
لرضاها بالالتزام بازاء ما سلم من البينونة ولا شيء على المكره للزوج لانه اتلف عليه ما ليس بمال وهو ملك النكاح
فلا يضمن به ان خالعها وهي غير مدخول بها فالمستحق نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيد
ما كان على شرف السقوط او لا قلنا لا لانه اما ان تقع ... البراءة المهر كله او لا فان كان ... رجع على
المكره بنصفه بالاتفاق واما عندهما فظاهر لان الخلع على مال مسمى يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل

الاحكام وليس ذلك مذهب اهل اصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم
رجع لم يقتل لتمكن الشبهة اي شبهة عدم الارتداد لجواز ان يكون التصديق موجودا ثم تقليبه عند الكفر
والشبهة دارئة للقتل قوله ولو قال الذي اكره معطوف على قوله وقال هو قد ظهر لك فكلمه يعني لو قال في
جواب قولها قد بنت منك اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة طايع بانت ولم يكن
عليه لانه اكره على الاقرار وهنا اقر بالكفر طايعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لانه خلاف
الظاهر اذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه ولو قال اردت
ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لانه مبتدئ بالكفر هازل به
حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر هذا بباله امكنه الخروج عما ابتلي به بان ينوي ذلك والمرء
قد ارتفعت بهذا المكان باذ ابن علل وانشا الكفر كان كمن اجرى كلمة الكفر طايعا على وجه الاستخفاف
مع علمه انه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة وفي وجه يكفر فيهما جميعا وفي وجه يكفر قضاء يفرق القاضي
بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة وذلك لانه اذا اجراها فاما ان يخطر بباله غير ما طلب منه اولا والثاني
هو الاول والاول اما ان خطر بباله انه يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كاذبا او اراد وهو الثالث واوه ليس
يريد وهو الثاني واد الهراكه هذا الممكنة ان يخرج مسئلة الصلوة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم
نعوذ بالله من ذلك كله وقوله لما مر اشارة الى قوله لانه مبتدئ بالكفر هازل ابو حنيفة لم ... مخلصا عنه

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا ان الاكراه
لما كان اقوى تاثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان باحق بالتقديم وهو حسن لكونه
سلطة على خلق الله ومجاهد فطبي امر الديانة والحجر لتعظيم لامر الله وهو في اللغة عبارة عن المنع
وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون واسبابه مصادرها
الاسامي والحجر بها المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق وان كان اسبابه ما
ذكرنا لم يجز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون بحال
ما واما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما
سيجي اما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله وان اهلية التصرف انما هي بالعقل لكنه اذا كان يعقل تصرفه
واذن وليه اية اهليته واما العبد فله اهلية لكن حجر عليه لرعاية حق المولى كيلا يبطل عليه منافع
عبده فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه كيلا يجتمع ديون فيما خرجها كما به الذي
هي منفعة المولى وذلك تبطل عليه عبده وكذا يملك رقبته بتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب فاذن المولى
اخذا اذن فقد رضي بفوات حقه والجنون الغالب ... بجامعه اهليته فلا يجوز تصرفه بحال قال ومن
باع من هؤلاء شيئا اراد به هؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بين الضرر
والنفع ينعقد موقوفا اذا كان يعقل ان البيع سالب والشراء جالب ويقصد لا فادة هذا الحكم والولي بالخيار
ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي

والجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه وكلامه ظاهر واورد سؤالا على الشارح وهو ان الافضل
في الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا كما في شراء الفضولي
وههنا لم يجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون او لضرر المولى لو نفذنا قال صاحب النهاية
هذا الذي ذكره انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى
اما ههنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله او اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري
مذكورا ههنا فاورد الاشكال فهو موجود في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي وكذا ذكره البيع
في المرجح قوله وهذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد
منها بين الضرر والنفع كالبيع والشراء اي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغر
والجنون والعبد واما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاهلية في
حق الصغير والمجنون دون العبد واما ما تمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر
فيه على العموم قوله دون الافعال يعني ان المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الافعال لان الافعال انه
لا افعال لا مرد لها حتى ان ابن يوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال
وكذلك العبد والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما الضمان في الحال لان الافعال توجد حسا ومشاهدة ولا يتصل
بها الاحتمال ... الحصول الا بمكن ان يجعل كلا الا وجود بخلاف الاقوال لان اعتبارها طالعه
موجودة حاصل بالشرع والقصد من شرط ذلك لاعتبار وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل
فينتفي المشروط واما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره
فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال
فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها
ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان
الموجود منها عينها فبعدما وجدت لا يمكن ان يجعل غير موجود والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع
كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الا ترى ان العوام يحكم على البالغ العاقل اذا وجد منه
لم يعتبر شرعا كلام من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حسية وقعت حقيقة فلا يمكن تبدلها وقوله
الا اذا كان استثناء من قوله لا مرد لها يعني ان الافعال اذا وجدت لا مرد لها الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم
يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من
الحد والقصاص قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله
ومن باع من هؤلاء شيئا فالمولى بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور ان هذه المعاني الثلاثة
توجب الحجر عن الاقوال لينساق القوليات في موضع واحد وقوله لما بينا اشارة الى قوله والقصد من شرطه
ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه رواه
الترمذي عن ابي هريرة رضي الله عنه والاعتاق يتمحض مضرة لا محالة والطلاق وان امكن ان يتردد
بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في
الطلاق بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المال فلانه علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق
وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكنه ان يقف على مصلحة في الحال لكن
لا وقوف له على عدم التوافق في العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة فلهذا
لا يتوقف على اجازته ولا ينعقد ان مباشرة اي الولي بخلاف سائر العقود وقوله وان اتلفا شيئا
لتفريع الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله والحائط المائل بعد الاشهاد يعني لانه لا قصد من

صاحب الحائط في دفع الحائط ومع ذلك يجب الضمان وقوله على ما بينا اشارة الى قوله بخلاف الافعال
والعقد من شرطه وقوله فاما العبد فاقراره نافذ معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما
ولا اقرارهما ومعناه ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه وكلامه
الخ والله اعلم

باب الحجر للفساد

اخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه
وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في
عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر البالغ
العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة كالالقاء
في البحر والاحراق بالنار وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله
لان الحجر عليه عندهما بطريق النظر حتى يتصرف [illegible] ماله [illegible] لكنه يصح
مع الحجر النكاح والطلاق والعتاق فان الحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما يجيء
واستدل المصنف بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك
يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة
والدليل على صحة هذا منع المال عنه لان التبذير في المنع منه لا يتقيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما
منع من يده وهذا الذي ذكره من الدليل انما يصح على قولهما واما على قول الشافعي فلا يصح لانه يحجر السفيه
عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه والفائدة تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في
ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل
وكل من هو كذلك لا يحجر عليه كالرشيد ونوقض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه اجيب بانه قال
مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطبا لسقوط الخطابات
المالية كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية
كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها [illegible] وهذا اي
عدم الحجر لان في الحجر سلب ولايته واهدار آدميته كما هو ظاهر قوله ولا يصح القياس على
منع المال [illegible] عنه المال وتقريره ان منع المال عنه انما هو بطريق العقوبة
عليه لكونه زجرا له على التبذير والحجر ابلغ منه في العقوبة بما ذكرنا فلا يقاس عليه قوله ولا على
الصبي جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي اي لا يقاس السفيه على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه
وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة لما ذكرنا انه عاقل والجري على خلافه
بسوء اختياره [illegible] فاسد وقوله ومنع المال مفيد جواب عن قولهما ثم
هو لا يتقيد بدون الحجر يعني ان منع المال بدون الحجر مفيد لان غالب السفه لا يكون الا في الهبات
والصدقات وذلك يتوقف على اليد [illegible] القبض فاذا لم يكن في يده شيء [illegible] ذلك [illegible]
فعل لم ينعقد قوله واذا حجر تفريع على مسئلة الحجر ومعناه ان القاضي ان حجر على السفيه على رأيه ثم
رفع حكمه الى قاض آخر فابطل حجره واطلق جاز تصرفه وكان الواجب ان لا يجوز لان قضاءه

لانه

المبذر المفسد

ولا يبيع مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل بالاكراه

لان الناس

اي العقل البلوغ

لا في مجتهد فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضي فتوى لا قضاء لان القضاء يقتضي المقضي له
والمقضي عليه ولا مقضي له ههنا سلمنا انه قضاء لكن وجود المقضي له على احتمال بعيد وهو ان يجعل السفيه
مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان ابا حنيفة لم يقل به فصار
محلا للقضاء يحتاج الى الامضاء فلو دفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان
تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض اخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك فان
عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة
لانه لا يحجر عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله حتى
يونس رشده ونشا هذا عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهره لا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع
السفه فيبقى ما بقي العلة كالصبا ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التاديب وهذا يمكن ان
يوجه على وجهين احدهما ان يقال سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التاديب
وهذا يقتضي ان يكون محلا للتاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لان في هذه المدة يصير
جدا باعتبار ان اقل مدة البلوغ في الانثى [illegible] اثنتي عشرة سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم
يتادب [illegible] المنع فلزم الدفع والثاني ان يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم
وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال عنه بطريق التاديب الى اخر قوله ولان
المنع [illegible] الحجر وتقريره ان المنع بعد البلوغ اذا لم يونس رشده باعتبار اثر الصبي لان العادة وجدانه
في اوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة لان
مدة البلوغ من حيث السن ثماني عشرة سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع
سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما اشار اليه صلى الله عليه وسلم في قوله مروا صبيانكم بالصلوة
اذا بلغوا سبعا ولهذا قال ابو حنيفة اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس باثر الصبيان
فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه اجيب بان الشرط يوجب الوجود عند
الوجود لا العدم عند العدم سلمنا لكنه منكر فيراد به ادنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذ لا ينفك
الانسان عن الحالة لصيرورته اصلا فكان متناهيا في الاصالة قال ثم لا يتأتى التفريع على
قولهما اراد به التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله صلى الله عليه وسلم فاذا باع لا ينفذ بيعه
اذا باع لنظر فانه يحجر عليه فيكون موقوفا فان رأى الحاكم فيه مصلحة بان كان بمثل القيمة او كان البيع
[illegible] الثمن [illegible] فيه ضرر [illegible]
واستشكل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن
التصرف اذا وجد من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل والسفه
لا ينفيه كما تقدم فان قيل ما [illegible] التوقف اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه
كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه
لا يكون محجورا الا بحجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر [illegible] اهدار آدميته والنظر في ابقاء ملكه
كان لا بد من مرجح وهو القضاء وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عليه عنده اذ العلة عنده السفه بمنزلة
الصبا وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها عند ابي
يوسف لا يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه وان اعتق عبدا يعني بعد
الحجر نفذ عتقه عندهما وكذا عند ابي حنيفة فلم يخص قولهما بالذكر احترازا عن قوله لان عند ابي حنيفة
الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذه فانه لا يحجر بسبب السفه لانه لا تاثير للحجر عنده بل احترازا عن قول الشافعي

في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعندي قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما
ذكر في الكتاب وذكر ان الاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه
في معنى الهازل لانه يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى
ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه وفيه
بحث من وجوه الاول ان السفيه لو حنث في يمينه واعتق رقبته لم ينفذه القاضي وكذا لو ظاهر
عن ظهاره بالعتق … انما لا يؤثر فيه الهزل بقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد
اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبده لم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتق
وجبت عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر اثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما
يصح في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح الا فيه ان يقال الهزل اللعب به دون ما وضع الكلام
له لا لنقصان في العقل والحجر عن … القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف
يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذها اضاعة المقصود من الحجر لامكان ان يتلف
في جميع ماله بالايمان والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب
بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما والاصل عنده ان الحجر بسبب
السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق في انه لا يبطل الخطاب ولا يخرج من ان يكون اهلا لالزام العقوبة باللسان
بالكتابة كما ان الرق كذلك فلا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق والاعتاق لا يصح من الرقيق
فكذا من السفيه فكذا … كالرق فكذا الحجر في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى ان التصرف فيما
لا حق فيه للغرماء فذكرنا … الاقرار بالحدود والقصاص فههنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه
فيكون نافذا فاذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد
العتق الا انه متعذر لعدم قبوله الفسخ فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض لاجل الغرماء
والورثة فاذا اعتق المريض عبدا فيجب عليه السعاية للغرماء او للورثة في ثلثي قيمته اذا لم يكن
عليه دين ولا مال له سواه لمعنى النظر الى الاخر … وعن محمد انه لا يجب عليه السعاية لانه لو وجب
حقا لمعتقه وذلك غير معهود في الشرع واما المعتق فانه يجب لغير المعتق كما في اعتاق احد الشريكين فانه
يسعى للساكت ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته لانه لما ملك … حقيقة العتق
فلان يملك استحقاقه كان اولى الا انه لا يجب السعاية في حياة المولى لانه باق على ملكه والباقي على ملك المولى
لا يستوجب المولى عليه دينا ولو مات ولم يؤنس منه رشد يسعى في قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر والعتق
بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا ترى ان مصلحا لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه
دين محيط بتركته فعلى العبد ان يسعى في قيمته قنا لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو … الحالة
يوجب السعاية قنا كما لو اعتقه واجيب بان الاصل ان المعلق بالشرط … سبب قبله الا انه جعل
ههنا سببا قبل الموت ضرورة فلا يظهر سببيته في ايجاب السعاية بصفة قنا وانما يظهر في حق المنع من البيع
وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعى في ثلثي قيمته
لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك واجيب بانه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا ترى
ان الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا
والجارية ام ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله وابقاؤه من الحوائج الاصلية لحياته ذكر الانسان
بقاء ذكره بالولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد فان مات بعد هذه الدعوى كانت
الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان كانت مدبرة ولم يكن معها ولد اي ان لم يعلم لها ولد منه فقال هذه

ام ولدي

ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لان الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها فان مات
سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد فصار كانه قال انت حرة فيمتنع
بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها في ابطال حق الغرماء فكذا في دفع
حكم الحجر عن تصرفه ونظير المريض اذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل يعني ان يكون معها
ولد … الى اخره قال وان تزوج امرأة جاز نكاحه وامضى وقوله نصا كالمريض مرض
الموت يعني لو تزوج كل واحد منهما بمقدار مهر المثل وسقط الزيادة الا ان الزيادة في المريض
تعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة اصلا وقوله وكذا اذا تزوج باربع نسوة يعني يعتبر مهر المثل
لا الزيادة سواء تزوج بهن في عقد واحد او في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فانه
يجب لتسميته مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة لما بينا يعني قوله لانه من ضرورات النكاح وهذه
المسئلة يعتضد ابو حنيفة على انه لا فائدة في الحجر لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه بهذا
الطريق بل هذا اضر من اتلافه بطريق الهبة انه لا يكتسب المحمدة في الدنيا والاحسان والمذمة في
التزوج والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق قوله تخرج الزكاة من مال
السفيه والاصل في هذه المسائل ان ما اوجبه الله عليه من امر كالزكاة ونحوها من الاسلام او
كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه نحوه والصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه
لا يستحق النظر في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه ولا يبطل شيء من حقوق الناس لكن لا يدفع
… في القرابة حتى يقيم البينة … الغريب لان في اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين
على نفسه فلا يلزم شيئا الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل قولهما لان كل
واحد منهما في تصديق الاخر يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه
من حوائجه لكن لا بد من اثبات نفقته المعترف له والاقرار بالزوجة صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة
وقوله وهذا اي ما ذكرنا مما اوجبه الله وما كان من حقوق الناس بخلاف ما اذا حلف او نذر يعني
ما اوجبه على نفسه حيث لا يلزمه المال بل يكفر بيمينه وظهاره بصوم لكل جنس لانه … متلف لما كثر
… وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان … المال حال التكفير لانه … واحد ما يجب بفعله اذ
السبب التزامه فيمكن فيه معنى التبذير … وتضيع كذلك … فيكفر بالصوم
مرتب على عدم استطاعة الرقبة فلا يصح مع القدرة عليها اجيب بان الاستطاعة منتفية لان
الحجر يوجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق من الظهار وقوله ولانه
… الاتلاف ظاهر وقوله ولو اراد حجة الاسلام … استحسانا كذلك ان لا يعطي نفقة القفول لان
الغرض عندنا تطوع كالعمرة … الخروج … فان جنى جناية فان كانت مما يجري فيها الصوم فعليه
الصوم ليس الا وان لم يكن … الدم يؤديها اذا اصلح فان مرض واوصى … بالمرض اعتبارا بالنفس
الوصية غالبا تكون في المرض فان السفيه الصحيح اذا اوصى بوصية تحكم بالحكم المريض والعاقل
بنفسه كما لو تبرع في حياته واستحسنوا فيما اداء في الحق وما يتقرب الى الله به ان يكون من الثلث
لان نظره فيه لانه … وقوع الحجر علينا من المال في امر دنياه وحينئذ لا نظر له في المنع
وانما النظر له في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك وقد ذكرنا من التفريعات المنتهي
فمن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل بالبيع يصنعه عندنا سواء الا في
اربعة مواضع احدها انه يجوز للاب ولوصي الاب ان يتصرف على الصغير ويشتري له مالا ويبيع
ولا يجوز تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ السفيه الا بامر الحاكم والثاني انه يجوز نكاحه وما

يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه
والرابع أن الذي لم يبلغ اذا دبر عبده لا يجوز تدبيره وهذا السفيه اذا دبر عبده يجوز تدبيره
قوله ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الأصلي والطاري سواء وقال
الشافعي يحجر ومبنى الاختلاف على أن الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق يستحق لذلك فيحجر
عليه وان كان مصلحا لماله وعندهما للنظر في ماله فاذا اصلح ماله لم يحتج عليه حجر وذلك لان الله
تعالى قال فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم نكر الرشد وهو باطلاقه يتناول القليل
منه والكثير ومن اصلح في ماله فقد اونس منه رشد ولانه اهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون
واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم يعني في اول كتاب النكاح ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو
قول الشافعي من ليس بسفيه لكنه متغفل يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في
الحجر من النظر له واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على حبان
بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام واجيب بان الحجر
على المتغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لما انه يتلف المال كالسفيه فلا يعارضه
خبر الواحد ورد بان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه والله اعلم

فصل في حد البلوغ

البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر وجب
بيان انتهائه فعقد الفصل لبيان ذلك قال بلوغ الغلام بالاحتلام الحلم بالضم ما يراه النائم
تعالى الحلم واحتلم بلوغ الغلام والاحبال والانزال اذا وطئ والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ
الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام
فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس
عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال
وهذا اقل ما قيل فيه لان بعضهم قالوا اثنان وعشرون وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول
عمر رضي الله عنه وقوله واذا راهق الغلام او الجارية يقال راهقه اي دنى منه وصبي مراهق
اي دان من الحلم واشكل امره في البلوغ ثم يعلم ذلك منه فقال قد بلغت فالقول قولهما ثم قيل انما يعتبر
قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتي عشرة سنة او اكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه وقد اشار الى
ذلك بقوله فادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشر سنة وفي حق الجارية تسع سنين

باب الحجر بسبب الدين

الدين ايضا من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلاجرم اخر
تاخيره وينبغي للقاضي ان يشهد انه حجر عليه في ماله احتياطا لنفي التجاحد ان وقع وان يبين
ان الحجر بسبب الدين لان الحجر يختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب او في
غيره حتى يعلم انه لو تصرف في الحادث نفذ وان يبين ان الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع بابرائه
الغريم وقد لا يطلعه اليه فيحتاج الى معرفته وابو حنيفة رحمه الله لا يجوزه لان فيه
اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى فان قيل اهدار الاهلية
ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما كان الاول اعلى ان لو كان في شخص واحد
فالجواب ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون بمجازاة شرعا ولو لم
يكن اعلى مما يندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من ضرر الدائن
واذا كان كذلك فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون
باطلا بالنص ولكن يحبسه في دينه ابدا حتى الغرماء وذلك لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس
الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من التصرفات وكلامه ظاهر ومعنى قوله باقل من ثمن المثل
ان يبيع بالغبن يسيرا كان او فاحشا وقوله التلجئة موهومة لانه احتمال مرجوح فلا يعتد به
اهدار الانسان فيرتكب البيع بلا تراض وقوله والبيع ليس بطريق متعين لذلك لانه يمكنه
الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس ويجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه
بخلاف الجب والعنة فان التفريق هناك متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين
عليه التسريح بالاحسان فان امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف
ناب القاضي منابه في التفريق قوله والحبس لقضاء الدين جواب عن قولهما يحبس ليبيع
الشيء لاجله اي لاجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما
يختاره من الطريق الذي ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه
قوله كيف اي كيف صح البيع ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بتاخير حق الدائن وتعذيب
المديون فلا يكون مشروعا لانه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع قوله وهذا عند ابي حنيفة وانما
خصه بالذكر وان كان ذلك بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه لما كان لا يجوز بيع القاضي على
المديون في العروض فكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف
فدفعه بالشبهة قبل ثم انه عكس حيث جعل الخصم ولاية الاخذ مع قصوره فثبت للقاضي
لعونه قوله ويباع في الدين النقود حاصله ان القاضي بعض ما ظل فينبغي ان ينظر للمديون كما
ينظر للغرماء فيبيع ما كان انظر له وقوله بخلاف الجهتين ذكره متعلق بقوله لزمه ذلك يعني قضاء
الديون يعني اذا اشتبه على مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتعلق
عليه لسائر الغرماء لانه بالمشاهدة لامرد لها الاقرار فان سببه محتمل وقوله وان لم
يكن له اخرجه تحرز عن هلاكه لانه لا يجوز هلاكه لمكان الدين الا ترى انه لو توجه الهلاك
اليه بالمخمصة كان له ان يدفعه بمال الغير فكيف يجوز هلاكه لاجل مال الغير وعن ابي
يوسف انه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب الدين
وانه في الحبس غير سبب وقوله على الصحيح احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن
لان فيه نظرا للجانبين جانب المديون لانه ينفق لنفسه وعياله وكذلك الدين لانه اذا فضل
منه شيء يصرف ذلك اليه وقوله ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس اي لا يمنعهم

من له يد وموامعه اينما دار اي يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ووجه التمسك ان الحديث مطلق في حق الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله وقوله يقسم بينهم بالحصص اي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا اذا اخذ فضل كسبه بغير اختياره فله ذلك نصيبي ذلك في كتاب الشفعة له الف على اعلبهم الف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة وللاخر منهم ثلثمائة اذا اجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم موال المديون بينهم قال اذا كان المديون كما مر فانه يقضي ديونه بنفسه وله ان يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف خالص ملكه لم يتعلق به حق احد فيتصرف فيه كيف شاء مشيئته وان كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص او الشو للقاضي ولاية تقديم على بعض وقوله وبينة اليسار مقدمة لشر اي اشتغني والاعسار مصدر اعسر اي افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار يعني الاعسار قال في المغرب وهو خطأ وقوله لانها اكثر اثباتا لان بينة الاعسار تؤيدها دلالة عدم اذ الاصل هو العسرة فصارت بينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله وفي الملازمة لا يمنعونه الى اخره تفسير الملازمة ولا يجلسه في موضع لانه حبس وهو ليس بمستحق عليه وعن محمد انه قال للمدعي ان يحبسه في مسجد حيه او في بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك بغير حاجة فيتضرر المدعي ولو كان يطوف لحاجته او بستان او غائط لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد له من موضع خلوة وعن هذا قيل اذا اعطاه الغداء او العشاء لا يمنعه عن المطالبة بعد ذلك كان للطالب ان يلازمه فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق والا شد عليه الا اذا علم القاضي انه يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه وفي منعه عن الاكتساب بقدر قوت نفسه وعياله والابن الرجل لا يلازم المديونة حيث امتناعا الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امينة تلازمها قال فان افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه اي اشترى متاعا من رجل فافلس والمتاع في يده فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع ونحوه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن وللعجز يوجب حق الفسخ كما سار على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما ان العقد معاوضة ومن قضيته المساواة ولنا ان قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ اجاب بقوله وصار كالتعلق يعني لا نسلم ان كونه دينا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا تعذر قبضه بانقطاعه عن ايدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ ولنا ان الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد لانه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير وهو ليس بمستحق بالعقد وانما المستحق به وصف في الذمة اعني الدين والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذا لم يتغير على البائع شرط ومن شرط عقده فصار كما لو اشترى شيئا وتوضيح ذلك ان موجب العقد ملك الثمن وهو ملك به دينا في الذمة وبقاء الدين بمحله والذمة بحاله بعد الافلاس فيه كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والملي فان قيل هذا احتمال في مقابلة ما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فوجد البائع عنده

متاعه فهو احق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد فالجواب انه معارض بما روى الخصاف باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو اسوة غرمائه فيه وتأويل حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل ما ذكرتم من الدليل ان صح بجميع مقدماته لزم ان لا يفسخ العقد اذا كسد الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد اجيب بانا لا نسلم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما اذا عجز المكاتب عن اداء البدل فان موجب العقد لم يتغير والمولى له ان يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد قوله وبتصرف العين جواب عما يقال لما كانت العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب ان لا يبرأ ذمة المديون بدفع المنقود وتقريره ان قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث انه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الاخر وصف فيلتقيان قصاصا هذا هو الحقيقة اي تحقق المبادلة هو الحقيقة في القضاء فيجب اعتبارها ما لم يتعذر وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم فانه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فيجب ان يجعل العين المقبوض في مقابلة ما في الذمة عين ما في الذمة وكان العجز عنه عما اوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله تعالى اعلم بالصواب واليه المآب

كتاب المأذون

اورد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر لظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر وهو في اللغة عبارة عن الاعلام وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا فان المولى اذا اذن لعبده في التجارة اسقط حقه بنفسه الذي كان لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى انحجر عنه فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه فقوله واسقاط الحق الى اخره كالتفسير لقوله فك الحجر وقوله عندنا اشارة الى الخلاف فان الاذن عند الشافعي توكيل وانابة وصحح المصنف كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية وانها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على ان اسقاط حق المولى لان غرض الاسقاط لا يتوقف كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق

اسم ما يتغذى به من الطعام او الشراب

اي بعد حجر القاضي

لا يتوقت

اي لا توكيل وانابة

من غير تاقيت

مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما انه ليس
باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا
وصحح كونه متصرفا باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا
لان حكم تصرف مباشرة العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء
متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء
حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة وهذا لو اقر على نفسه بالغصب صح وان كذبه
المولى وكان الشراء حقا له فهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكن شرطنا
اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد
غير معتبر فلا يعتبر فانه قبل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك ليستحق الا كونه
اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك اجيب بان
حكم التصرف ملك اليد والرقيق اصيل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان
قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط
حقه والساقط لا يعود اجيب بان الرق لما كان باقيا كان له الحجر بعده امتناعا عن اسقاط ما
يستقبل لان الساقط لا يعود وحكم الاذن كما ثبت صريحا يثبت دلالة كما اذا رأى عبده يبيع
من ماله شيئا ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي فهو من باب
بيان الضرورة وقد عرف في الاصول قال لان السكوت يحتمل الرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات
الى تصرفه لعلمه بكونه محجورا والمحتمل لا يصير حجة قلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان
لان الناس يعاملون العبد الذين يعلمون بسكوت المولى ومعاملتهم قد يفضي الى لحوق ديون
عليه واذا لم يكن مأذونا يتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق
وفي ذلك اضرار للمسلمين بتواحقهم ولا ضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق
لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به او لا والسكوت في موضع
الحاجة الى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح
غيره وكذا اذا رأى اجنبيا يبيع ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع
الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا في العرف
اجيب بان الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال لا يثبت
بسكوته وليس في ثبوت الاذن في غيره كذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه
ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى الضرر الموهوم كونه اذنا بالنظر الى المتحقق وهو
الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يصر بسكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك
المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن
يتضرر ايضا ببطلان ملكه عن الثمن فترجيح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن
موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات
فكان اقوى واما الرقيق عبدا كان او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا
واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على احد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان
نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس
لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وامكن نسخه فلا يتضرر به احد وقيل فيه نظر لانه

لا كلام

لا كلام في ان نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في ان سكوته اجازة
او لا ولعل الصواب ان يقال ان في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا ثم لا
فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان
كل من رآه يبيعه يظنه مأذونا له فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولم يكن المولى راضيا
لمنعه دفعا للضرر عنهم وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه المذكورة اعني
ان يبيع عينا مملوكا للمولى الى آخره قال واذا اذن المولى لعبده اذا قال المولى لعبده اذنت
لك في التجارة ولم يقيد بشيء كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بالاطلاق فيبيع
ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلى باللام فكان عاما يتناول
جميع الاعيان لانه اي بيع الاعيان اصل التجارة دون المنافع لكونها قائمة بالاعيان لحقت
بها ولو باع بغبن يسير جاز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي
حنيفة خلافا لهما قالا البيع بالغبن الفاحش بمنزلة التبرع فيملكه العبد المأذون لانه
~~بعد الاذن بالمقصود ولابي حنيفة رحمه الله ان البيع بالغبن الفاحش تجارة والعبد يملكه~~
~~العبد المأذون لا يعتبر الاذن~~ كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من
المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على انه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه
يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث وابو حنيفة سوى بين البيع
والشراء في الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الآمر بما لحقه
من العهدة فكان الوكيل في الشراء متهما في انه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب اراد ان
يلزم الآمر وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لما مر انه لا يرجع بما لحقه من العهدة على
احد فكان البيع والشراء في حقه سواء وعلى هذا الخلاف الصبي اذا اذن له ابوه في التجارة يجوز
بيعه وشراؤه بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابي حنيفة ولو حابى العبد المأذون
في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين فينفذ وان زاد على الثلث
وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي يعني تؤدى دينه اولا فما بقي بعد قضاء الدين يكون
كله محاباة لان الاقتصار في الحجر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد لا يقال المولى وارث
لانه رضي بالاذن بسقوط حقه ولهذا لو اسقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض
في الكل وان كان الدين محيطا بماله بطل المحاباة فيقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا
فاردد البيع كما في الحر يعني اذا حابى في مرض موته وللمأذون ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم
اليه ويوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه لجميع الاشغال
بغيره ويجوز له ان يرهن ويرتهن لانهما ايفاء واستيفاء وهما من صنيع التجار ويأخذ الارض
مزارعة لان فيه تحصيل الربح لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض
الخارج وذلك انفع من الاستئجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه شيء بخلاف الاستئجار
بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة
ببعض الخارج ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء فكذا هذا وله ان يشتري طعاما فيزرعه
في ارضه لانه لا يقصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة
عنان ولا يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة والكفالة لا
تدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر

ما يملكه المأذون وهو الوكالة ودفع المال مضاربة وبأخذها لانه من عادة التجار وله ان
يوجر نفسه عندنا خلافا للشافعي في احد قوليه لانه لا يملك العقد على نفسه لكونه نائبا عن
مولاه في التصرف في كسبه الا ترى انه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه فكذا اجارتها
لا تجارة لانها تبعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله لان المولى اذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا
وما هو من رأس المال المأذون له يملك التصرف فيه ضرورة فالمأذون له يملك التصرف في
نفسه والتصرف فيها اما ان يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن او من حيث منافعها
لا جائز الا ان يكون من حيث ذاتها لانه لا يعود على موضوعه بالنقض لانه ما اذن له الا للربح فلو
جوزنا التصرف من حيث الذات افضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف
باطل فتعين ان يكون من حيث المنافع وهو المقصود قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو
تقدم ان الاذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعي رحمهما الله توكيل وانابة
وعلى ذلك تبتني هذه المسئلة وهي انه اذا اذن في نوع من التجارة كالبز مثلا دون غيره كان
مأذونا له في جميع انواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان اذن اذنا عاما ثم
نهاه عن نوع قالا الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته والحكم
لكن يثبت له اي للمولى دون العبد ولهذا يملك حجره فيختص الاذن بما خصه به كالمضارب اذا
قال له رب المال اعمل مضاربة في البز مثلا وقلنا ان الاذن اسقاط الحق وفك الحجر لما بينا
في اول كتاب المأذون وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع كالتخصيص
اذ ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط
الحق واذا اذن للعبد ان يتزوج فلانة فليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه
تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بعقد الرق
العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه فكان
العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به قيل قد تقدم ان التصرف الاحق
بالمولى بعد الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما
بالتجارة في البز دون الخز اجيب بانه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو ان لا يأذن
بمعنى ان جاز التصرف بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله يدفع ذلك وفي الجملة
اذا ثبت بالتعليل انه يتصرف باهليته ومالكيته فليس السؤال واردا قوله بخلاف الوكيل
يجوز ان يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من
جهته لانه يتصرف في مال الغير وقوله وحكم التصرف جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو
منع بالسند اي لا نسلم ان حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له
ولاية ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة بغير اذن المولى وما استغنى عنه يخلفه المولى فيه
وموضعه اصول الفقه قال وان اذن له في شيء بعينه مثل ان يقول اشتر لي هذا الثوب
بعينه او ثوبا للكسوة او طعاما رزقا للاهل لم يكن مأذونا وهذا يفيد ان التخصيص
مفيد اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لانه ما من
احد يأمر عبده بشراء بقل او فلس الا كان مأذونا يصح اقراره بديون تستغرق رقبته
ويؤخذ بها في الحال فالصحيح ... على استخدام عبده فيما اذا اشتد اليه حاجته لانه
استعمال العبد في شراء الاشياء الحقيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة

وحاصله اذا اذن له في التجارة بتصرف مكرر صريحا مثل ان يقول اشتر لي ثوبا وبعه او قال بع هذا الثوب
واشتر بثمنه او دلالة كما اذا قال اد الي الغلة كل شهر او اد الي الفا وانت حر فانه طلب منه المال ولا يحصل
الا بالتكسب فهو دلالة التكرار او قال افعل صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع من
الانواع يتكرر بتكرر العمل المذكور وكان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير مكرر كطعام اهله وكسوتهم لا يكون
اذنا ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا فامره مولاه ببيعه فانه اذن في التجارة وليس الامر بعقد
مكرر والجواب ان الامر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه
والاذن قد صدر منه صريحا فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف يشير الى ان الفاصل هو التصرف
النوعي والشخصي والاذن بالاول دون الثاني فتأمل قال واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز
اقرار المأذون له جائز بالديون والغصوب والودائع فظاهر فان البائع قد لا يقبض الثمن فيكون دينا
او يقبض فيودع عنده واما بالغصوب فان الغصب يوجب الملك عند اداء الضمان فالضمان الواجب به
من جنس التجارة ملحق بتوابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا ان اقراره
غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا
كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر ولكن مع تعلق حق الغرماء في الديون
من المال والكسب جاز وان اقر بما ليس من توابع التجارة كما لو اقر انه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير
اذن مولاه فافتضها فانه لم يصدق فيه لانه كالمحجور في حقه وكذا لو اقر بجناية على حر او عبد او مهر وجب
عليه بنكاح صحيح او فاسد او شبهة فاقراره باطل ولا يؤاخذ حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة فما
ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور وليس للمأذون ان يتزوج لانه ليس
بتجارة ولا يزوج مماليكه لذلك وجوز ابو يوسف تزويج الامة لانه تحصيل المال وهو المقصود من
الاذن فكان كالاجارة وقالا الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ومعناه سلمنا ان الاذن لتحصيل المال
لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجارة وانكاح الامة ليس من ذلك وقوله ولهذا لا يملك تزويج
العبد توضيح لانه ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية بل تعيب العبد وشغل رقبته بالمهر والنفقة وقوله
وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة العنان والاب والوصي يعني انهم لا يملكون
تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف قال في النهاية في هذه الرواية نظر
لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب ان لهما يعني للاب والوصي ان يزوجا امة الصغير
بالاتفاق حيث جعل الاب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب والمكاتب ان يزوج امته
لانه اكتساب لاستفادة المهر قال وما ذكر في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط
والتتمة ومختصر الكافي واحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل على ان في المسئلة روايتين قال ولا يكاتب
لانه ليس بتجارة ولا يجوز الا ذلك ان الكتابة ليست من التجارة وهذا الشيء بتجارة لان التجارة مبادلة
المال بالمال والبدل هنا في مقابلة فك الحجر وهو ليس بمال فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا
دين عليه لان هذا عقد له مجيز وقت وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
وبيانه ما قال لان المولى قد ملكه لان كسب المأذون خالص ملك المولى فيملك مباشرة الكتابة
فيملك الاجازة ويصير العبد نائبا عن المولى ويرجع الحقوق وهي المطالبة اي مطالبة بدل الكتابة
والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير لكونها اسقاطا فكان
بمنزلة الوكيل في النكاح ولقائل ان يقول الوكيل سواء كان سفيرا او لا اذا عقده العبد لا يحتاج
الى الاجازة وههنا ليس كذلك ويمكن ان يجاب بعينه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب وانما قال ولا دين عليه

هوانه

لانه لو كان عليه دين قليلا او كثيرا بطلت كتابته وان اجاز ذلك المولى لان المولى لا يملك الاجازة بخروج المكاتب
من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثر ولا يعتق على حال لانه لا يملك
الكتابة والكاتب عنده ما بقي عليه درهم فالاعتاق اولى وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه
جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة وينصرف المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين غير مستغرق
لكن يضمن العبد للغرماء لانه لو انشأ العتق جاز وضمن القيمة فكذا اذا اجاز ولا يستقبل الغرماء على العوض
لان ما يؤديه كسب الحر لا حق لهم في كسب الحر الا فيما الكتابة فانه يؤدي في حال الرق فيتعلق به
حقهم ولا يقرض ولا يهب بعوض ولا بغير عوض ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا
يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف ضيافة يسيرة وقوله من الطعام
يشير الى ان اهداء غير المأكولات لا يجوز نحو الثلث والاهداء اليسير راجع الى الضيافة ايضا اليسير معتبر في حال
تجارته قال محمد بن سلمة ان كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا
وان كان مال تجارته عشرة دراهم فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا والهدية بالمأكول كالضيافة
هو والقياس ان لا يصح شيء من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات التجارة استجلابا
لقلوب المجاهزين والمجاهز هو الغني من التجار كذا في المغرب وكان ابو يوسف المجهز وهو الذي يبعث التجار
بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به والعامة تقولها بالكسر كذا في المغرب وبابه قال رحمه الله ودينه
متعلقة برقبته اي اذا وجب ديون على المأذون بالتجارة او بما هو في معناها كان للكسب يبيع لدينه
بالاجماع وان لم يكن له كسب تعلق برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي لا يباع
لان غرض المولى من الاذن تحصيل ما لم يكن حاصلا لا تفويت ما هو حاصل وذلك اي غرض المولى حاصل
في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل للمولى قوله لا بالرقبة معطوف على قوله
بكسبه فان قيل اذا استهلك شيئا تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك اجاب بقوله بخلاف
دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان ذلك دين
واجب في ذمة العبد لظهور وجوبه في حق المولى بالاذن وهذا ظاهر وكل دين ظهر وجوبه في حق المولى
تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا اشارة الى دفع الضرر
وبيانه ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بالاطلاق فتسببه داخل
تحته وكان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فيفوت
حقوق الناس ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى قوله وتعلق الدين برقبته استيفاء
جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال آخر وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء
رغب المعاملون في ذلك كان حاملا على المعاملة فيكثر المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف الموصى
ما الكلام يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرضا للمولى فان قيل لا يصلح
ان يكون غرضا لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع
في ملكه وفيه اشكال وهو ان المبيع اذا كان باقيا وفيه وفاء بالدين لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا
او كان ولكن ليس فيه وفاء بالدين لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به وقت قبضه المولى حين
لا دين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد
بالدين ان اختار المولى ويكون المبيع جابرا لما فات من العبد والظاهر ان الدين لما استغرق رقبته
كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد وقيل ليس بواضح لانه لا دليل على ظهور ذلك على انه مخصوص بما اذا
قبض مبيعا قبل ركوب الديون دون غيره بل الواضح ان يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر

في الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع او ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقع بدل ما
يفوت وهلاكه في ملكه لا يخرجه عن المقابلة والظاهر انه يكون معادلا لما يؤدي من قيمة العبد لان
الشراء بغبن نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى كانه اشترى الديون التي على العبد بالعبد ولم تكن متساوية
لقيمته كان ذلك شراء بغبن وهو نادر وتحقيقه انها لو لم تكن متساوية لاختار اداء الديون دون
بيع العبد والجواب لا يصلح على مذهب ابي حنيفة وهو محصوص بما ذكر المعترض والثاني عام التركيز
انما يستقيم على مذهبهما فان المولى يملك كسب العبد المأذون عندهما كما سيجيء وقوله وتعلقه بالكسب
جواب عما يقال اجمعنا انه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لا تنافي بينهما غير
انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظرا للجانبين وعند عدمه يستوفي من الرقبة دفعا للضرر عن الناس
كما تقدم وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار
الفداء من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز بيع بحضرته او بحضرة
نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع
على قول ابي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير اذن مولاه
حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عليه عن بيعه فان المحجور المولى بيع
العبد المديون بغير رضى الغرماء وحجر الغرماء غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز بيع
القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لم يعد حجرا عليهم لكونهم محجورين عن بيعها
قبل ذلك بغير رضا الغرماء قوله وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري ومعناه تمام قال ويقسم
ثمنه بينهم بالحصص اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بينهم اي بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة
فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت
عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه اي ديون الغرماء طولب به بعد الحرية لتقرر الدين
في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع الشراء لان المشتري والدين مما وجب باذنه
ولم يظهر في حقه ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع لان المشتري اذا علم ان العبد الذي يشتريه يباع في يده ثانيا بدون
اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء او دفعا للضرر عن المشتري لانه لم يأذن له عبد
في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك يتضرر به ولا يلزم ما اذا اشتراه البائع
قوله فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد يتبدل وتبدل الملك كتبدل الذات
قوله ويتعلق دينه بكسبه لبيان الكسب الذي يتعلق به والذي لا يتعلق به فالكسب الذي لم ينتزعه المولى من يده
قبل الدين لحصوله بشرط الخلوص له وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال الاخذ المولى ذلك وللمولى ان
يأخذ غلة مثله والغلة كل ما يحصل من ريع ارض او كرائها او اجرة غلام او نحو ذلك ومعناه ان له ان يأخذ
الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعدما لزمه الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من بعد
كان للغرماء ولا يأخذ اكثر مما كان يأخذ قبل الديون والقياس ان لا يأخذ اصلا لانه ان اخذ شيئا رده لانه احق
من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل بسلامة المعروف قبله للمولى لان في اخذ المولى ذلك منفعة
بابقائه على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلو لم يمكن من ذلك لحجر عليه فلا يحصل الكسب فما
الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فان اخذها
ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها لزيادة المولى لعبده اما ان يكون سابقا او لا فان كان الاول لم يحجر
عليه حتى يظهر الحجر عند اكثر اهل سوقه كيلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخرهم الى ما بعد
العتق بما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لان العبد ان اكتسب شيئا اخذه المولى وان لحقه دين اقام

فان الذمي اذا اسلم ولم يعلم بوجوب الصلوة عليه حتى مضى زمان يلزمه القضاء لاستفاضة حكم الخطاب في دار الاسلام
والحربي اذا اسلم في دار الحرب لم يلزمه القضاء ما لم يعلم لان حكم الخطاب غير مشتهر في دار الحرب كفاية

البينة بكاره قد حجر عليه فيتأخر حقوقهم اليهما بعد العتق وهو موهوم فعقد بايعوه على رجاء ذلك اي تعلق
حقهم برقبته وكسبه وهو على ذمته الى ان يعلم بالحجر لا يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين حين يعتق فصار
الرقيق من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل ولو حجر في السوق فلم يعلم
به الا رجل او رجلان فكذلك وان بايعه بجايزة وان باعه الذي علم بالحجر لان الاذن لا يتجزى الا ترى انه
لا يتجزى ابتداء فكذا بقاء ولو حجر في بيته بحضر من اهل سوقه انحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام
ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام وان
كان الثاني ما لم يعلم بالاذن الا العبد لم يحجر عليه بعلمه لانه لا يتحقق الضرر والاضرار قال ولو
مات المولى او جن او لحق بدار الحرب فقد تقدم ان التصرف اذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم الابتداء
فيحتاج الى قيام الاهلية حالة البقاء كالابتداء وعلى هذا اذا مات الموكل او جن جنونا مطبقا وقد
تقدم في الوكالة تعريفه او لحق بدار الحرب انحجر الماذون لان الاهلية بطلت بهذه العوارض حقيقة او حكما
لان اللحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي يبقى
ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء فكذا بقاء اولى لان البقاء اسهل من الابتداء وصار كالغصب فان المولى اذا اذن لعبده
المغصوب الذي يمكن للمولى اخذه بان يكون له بينة او يكون الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافي
الاذن فكذا كونه ابقا ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من
تقضية دينه من كسبه ولم يتحقق ذلك من الابق فلا يكون راضيا به وانما لم يكن منافيا في الابتداء
لانا نجعله حجرا دلالة ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافه بخلاف الغصب لان الانتزاع من يد
الغاصب متيسر وان عاد من الاباق فهل يعود الاذن لم يذكره محمد والصحيح انه لا يعود واستيلاد
الماذون لها حجر عليها اذا لم يصرح بخلافه وقال زفر ليس بحجر اعتبارا بالابتداء لان المولى لو اذن
لام ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء حجرا لان العادة
جرت في الظاهر ان الانسان يحصن ام ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة
فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لانه
محل تعلق به حق الغرماء اذ به يقع البيع وبه يقضى حقهم قوله واذا استدانت الامة الماذون
لها الرهن قيمتها معناه ظاهر وانما قيد بكونها الرهن ليظهر الفائدة في ان المولى يضمن قيمتها دون الزيادة
عليها وقوله ولا منافاة بين حكميهما اي حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق ان
كان لا يثبت فيكون الحجر لا يثبت الحجر عليه قال واذا حجر الماذون له فاقراره جايز اذا حجر على العبد
الماذون له فاقراره بما في يده من المال لغير مولاه جائز عند ابي حنيفة قال المصنف ومعناه ان يقر
بما في يده من المال [illegible] انه امانة
لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضى منه ما كان مضمونا كالديون والغصوب ثم يتبين
ان المراد به التعميم وتقدم الامانة لذلك فيقضى بما في يده للمقر له وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره
لان المصحح لاقراره اما الاذن او اليد ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر اما الاذن فلزواله بالحجر واما اليد
فلان الحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا وصار كما اذا انتزع اليد غير معتبرة فانه لو اودع
وديعة ثم غاب ليس لمولاه اخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة [illegible]
الرهن في حجر طلبه ان حضور العبد وغيبته سواء واجيب بان ذلك وانما اذا لم يعلم المودع ان الوديعة
كسب العبد واما اذا علم ذلك فللمولى اخذه وكذا اذا علم انه مال المولى ولم يعلم انه كسب العبد وصار كما
اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره بيانه لابطال الحجر بمسائل متفق عليها فانه المولى اذا انتزع

ما بيده لا يسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر لم يصح اقراره في حق الرقبة
بعد الحجر حتى لا يباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق ولابي حنيفة ان المصحح لاقراره هو اليد ولهذا
لا يصح اقراره بما انتزعه المولى من يده لزوال المصحح واليد باقية حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر
لان الكلام في الاقرار بما في يده واما حكما فلان شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل
تحققها ولهذا قال يقبل الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا او عند صحته والاول ممنوع والثاني مسلم
ولكن صحة هذا الاقرار محل النزاع فلا يصلح جزءا في الدليل ولكن ان مطلقه دليل تحققها لحمل
حال المقر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققها لصح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار
اجيب بان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما اما حقيقة فلان الكلام فيما انتزعه من يده واما حكما
فلان النزاع كان قبل ثبوت الدين فلا يبطل بدين باقراره لانه اقر بما ليس في يده اصلا وهو باطل
والمصنف ذكر قوله بخلاف ما انتزعه المولى في اخر اجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق
عليها وهو ظاهر وقوله على ما عرف اشارة الى حديث بريرة رضي الله عنها قوله فلا يتغير به ما ثبت
حكم الملك يعني بعد الاذن فانه ثبت للعبد بحكم انه ملك المولى وقد زال ذلك الملك وقوله ولهذا
لم يكن خصما توضيح لقول العبد فان العبد اذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد
بعيب ونحو بعد الحجر ما باشره ولولاه لكان خصما لصحة المباشرة عنهم بحقيقة قال
واذا لزمته ديون فالحال اما ان يحيط بماله ورقبته او لا يحيط بشيء من ذلك او احاط بماله دون
رقبته فالاول ما اذا اذن لعبده فاشترى عبدا بيعا وفي الفا والماذون ايضا ما يساوي الفا وعليه
الفا درهم والثاني ان يكون عليه خمسمائة درهم والثالث ان يكون عليه الف فحكم الاول انه لا يملك المولى
ما في يده ولو اعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه
قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد فان ملك الاصل علة لملك الفرع ولهذا
يملك اعتاقها يعني الرقبة فكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فيملكه فينفذ فيه اعتاقه
لا يقال سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين فانها تمنع عن ذلك كما في التركة اذا استغرق
الديون فانها تمنع اعتاق الوارث اجاب بقوله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك نظرا للمورث والنظر
ماله الى اقرب الناس اليه ولهذا تقدم الاقرب ولا نظر للمورث في ذلك لاحاطة الدين بتركته بل النظر في
ضده [illegible] الملك الوارث وهو قضاء الديون لانه فرض عليه والميراث صلة واذا كان ثبت
الملك للنظر وقد فات الملك ولا عتق في غير الملك اما ملك المولى فثبت نظرا للعبد اعني ذلك بعدم العتق
حتى يتضح ذلك واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ولابي حنيفة ان ملك
المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررنا يعني في مسئلة
تعلق الدين بكسبه والمال الذي احاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه يعني كالتركة الدين
المحيط بالتركة يمنع ملكا للوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان
الخلافة في الموضعين لانعدام اهلية الملك في المال فالميت ليس باهل للمالكية لان المالكية
عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيانها ذلك بل المنافاة في الموت اظهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام
حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه
لكونه فرعه [illegible] فالثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به ابطله وفي الثاني يملك المولى كسبه
وينفذ عتقه [illegible] اما عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لا يخلو عن قليل الدين
فلو جعلها مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن فهذا لا يمنع القليل

في النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والاجنبي في حق المحاباة اليسيرة
حيث يؤمر المولى بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما في الكثيرة حيث لا يجوز عندهما مع الاجنبي
اصلا ويجوز مع المولى ويؤمر بالازالة واما ابو حنيفة على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج
الى ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى
والاجنبي في جواز البيع مع الاجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكلام
قال وان باعه المولى شيئا كلامه ظاهر وقوله فان سلم المبيع اليه اي الى العبد قبل قبض
الثمن بطل الثمن وتقرير دليله لان حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق
حقه بمالية العين بعد البيع ولما ثبت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى
سقط به فلو فرض بقاؤه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى
لا يستوجب على عبده دينا ولو اتلف شيئا من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان
المولى لا يستوجبه وهو احق به من الغرماء لانه ملكه بعينه بالعقد ويجوز ان يكون عين ملكه
في يد عبده كما لو اودع عند عبده شيئا او غصبه منه وان امسكه المولى المبيع في يده حتى
يستوفي الثمن جاز لانه بائع وللبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو اخص به من الغرماء
فان قيل على هذا التقدير استوجب دينا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجبه
على ما قلتم اجاب بقوله ويجوز ان يكون للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين يجوز ان
يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى يستوجب
عليه بدل الكتابة وهو دين لما يتعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن
ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فاذا كان للبائع تعلق حقه بالعين من حيث
هو بالدين من حيث تعلقه بالعين ولو باعه باكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة
المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد سواء كانت يسيرة او كثيرة لان الزيادة تعلق
بها حق الغرماء قال في النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط واما على رواية صاحب الكتاب
وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام فان هذا البيع لا يجوز عند ابي حنيفة اصلا كما ذكر في
جانب العبد فاذا اعتق المولى عبده المأذون له وعليه ديون لزمته بسبب التجارة او
الغصب وجحود الوديعة او اتلاف المال لحاجة فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء
قيمته بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها او اكثر علم بالدين او لم يعلم به لانه اتلف ما
تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب
ازيد من مقدار ما اتلفه فيبقى عليهم الباقي كما كان ويطالبه بعد العتق وان كان الدين اقل من
قيمته ضمن الدين لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر على ما ذكر وهو واضح وان
باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فيما باعه بثمن لا يفي بديونهم
بدون اذن الغرماء والدين حال فان شاء الغرماء ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق بالعبد
حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم وقد اتلفه اما البائع فبالبيع وبالتسليم
واما المشتري فبالقبض والتغييب لا بمجرد البيع والشراء وان شاؤوا اجازوا البيع واخذوا الثمن
لان الحق لهم فلهم الثمن وفي ديونهم وصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجيء ولو اذا
كان الديون على المأذون مؤجلة الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته او باقل منها جاز بيعه
وليس له حق المطالبة حتى تحل ديونهم فاذا حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو المالية

اي باع المولى باكثر من قيمته
اي سواء كانت المحاباة قليلة او كثيرة
اي حين اعتاقه
اي كما كان قبل العتاق

... الصلوة عليه حتى مضى زمان يلزمه القضاء باعتبار حكم الخطاب في دار الاسلام

ملك الوارث والمشتري بمنعه واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع
الجامع الصغير ان العتق فيه جائز قال وان باع المولى شيئا اذا باع العبد المأذون المديون
الذي لزمته ديون من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه
دين ويعلم منه انه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه لنفسه باعه وان باعه منه بنقصان لم يجز مطلقا
اي سواء كان كثيرا او قليلا لانه متهم في حق مولاه بحكم العادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالمحاباة
ولا يكون مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة قد تكون موجودة اجيب بانه موهوم حتى
ثم تسامح في دليل قوله بخلاف ما اذا باع المريض مرويا بالواو قال في النهاية وكذا الخلاف متعلق
باول المسألة وهو قوله واذا باع المولى شيئا بمثل قيمته جاز على تقدير الواو في قوله وبخلاف الشيء
بصحيح لانه منطوق بلا منطوق عليه بل المناسب له لا عدم الواو في قوله وقال ويجوز ان يكون
يروي بالواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي اي انه يجوز
كما لو اعتبا اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز
عند ابي حنيفة في جميع هذه الاحوال وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو قلت ذلك اوجه
من حيث اللفظ القريب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي جواز المحاباة
معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر
عدم الواو وجعله متعلقا باول المسألة وفي كلامه ... هكذا وان باع
المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع
المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه اي
عين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته ... اما حق الغرماء فيتعلق
بالمالية لا غير فيستوي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث
ثم تعدى ذلك بذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز وقال ابو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان
يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة باتصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع
وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف بقول بعض المشايخ قيل والصحيح انه قول الكل
لان المولى يستبد من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلا يكون له ذلك بالبيع الى وصار
العبد في تصرفه مع الاجنبي قوله وعلى المذهبين اي مذهب ابي حنيفة وصاحبيه اعتراض
بين الحكم والدليل لبيان تساوي المحاباة باليسير والكثير فانه على مذهب ابي حنيفة رحمه الله
اذا باع من مولاه بنقصان يسيرا او كثيرا لا يجوز فلا تخيير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى
ووجه ذلك اي وجه الجواز مع التخيير ان الامتناع عن البيع بالنقصان لدفع الضرر وقد
يندفع الضرر عنهم وهذا الذي ذكرنا من الجواز والتخيير بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة
حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة لان البيع اليسير منهما اي من المولى والاجنبي متردد
بين التبرع والبيع اما التبرع فلخلو البيع عن الثمن في قدر المحاباة واما البيع فلدخوله تحت تقويم
المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لعدمها وبخلاف ما
اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما اصلا لان المحاباة من العبد المأذون
له لا يجوز على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن منه في البيع مع الاجنبي وهو كان تبرعا ...
عزلته فيه ضرر بالغرماء فيزال بازالة المحاباة وهكذا الفرقان بلفظ التثنية وفي بعض النسخ
هذا الفرق وهو ... في النهاية لكن الاول اصح لوجود هذين الفرقين على قولهما ...

اي البيع بمثل قيمته

وهذه فوائد القيود المذكورة وقوله كما في المرهون يعني ان الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم اجاز المرتهن جاز البيع لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الى آخره ومعناه اذا قبله بعضا لان القاضي اذا رده بعد فسخ العقد بينهما فعاد الى الحال الاول وهو ظاهر ولكن بقي شيء وهو ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم حق الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا قال ولو كان المولى باعه الخ اذا قال المولى لهذا العبد الذي ابيعه يعني مديون تريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين لكون البيع بتهما لا انما قد ذلك لا يوجب اللزوم في حق الغرماء فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته به وكلمة به محذوفة في المتن وفي كل منهما فائدة فالاول يعني الاستسعاء تام موخر والثاني ناقص ان لم يف بديونهم معجل والبيع يفوتهما الخ فلهذا كان لهم ان يردوه قالوا المشايخ تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن لو وصل لحقهم الثمن قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن رضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل لانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء فما بال هذا لا يكون مختارا لقضاء الديون من ماله اجيب بان موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به ليقوم الواجب واما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يواخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة ان يقول انا اقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله انا اقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب ان العدة ادنى الاحتمالين فيثبت به الا ان يقوم الدليل على خلافه فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري اذا انكر دينهم وصدقهم في الدعوى كان لهم ان يردوا البيع بالاجماع وقال ابو يوسف المشتري خصم ويقضي بدينهم لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيه ولهما انه لو جعل خصما لا دعي عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال شيخ الاسلام وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا ولها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه المسألة قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد فلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه اخبر انه ماذون فان اخباره دليل عليه وان لم يخبر بشيء فتصرفه دليل على اذنه وهو استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخباره انه مملوك فهذا اقرار منه على نفسه والثاني اخباره انه ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه لا يصح وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله كيلا يضيق الامر على الناس توضيحه ان الناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد

للتجارة فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج من يبعث الى شاهدين يشهدان عند كل تصرف انه ماذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله الا انه لا يباع استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه انه اذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى انه اذا اذن للمدبر وام الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحينئذ جاز ان يكون ماذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد على ما اشار اليه بقوله في وسط كتاب الماذون ويتعلق دينه بكسبه الجائز قال لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد فان حضر مولاه فقال هو ماذون له بيع في الدين لظهوره في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله وعلى الغرماء البينة لان دعواهم الاعتاق والكتابة فلا يقبل قوله عند جحود المولى الا بالبينة

الاذن كدعواه صح

فصل من هذا الكتاب

لما فرغ من احكام اذن العبد في التجارة بين احكام اذن الصبي لانه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا اذن له الولي كان كالعبد الماذون في نفوذ تصرفه وعدم التقييد بنوع دون نوع وصيرورته ماذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق لنفسه بل لحق المولى وقد سقط لكونه راضيا بتصرفه حينئذ ولانه مولي عليه حتى يملك الولي التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافاة لان كونه موليا عليه سمة العجز وكونه واليا سمة القدرة وصار كالطلاق والعتاق لا يصحان منه وان اذن له المولى بخلاف الصوم والصلاة النفل والصلاة النافلة لانهما لا يتاملان بالولي فيصحان منه قوله وكذا الوصية على ما ذكر يعني تلك تصحيحا كصحتهما اذا كانت في ابواب الخير واصله ان كل تصرف لا يتحقق من الولي في حكم يتحقق به الصبي بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يتحقق من الصبي بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة وقد تحققت فيجب نفعهما واما البيع والشراء فيتولاهما الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه اما انه تصرف مشروع فلان الله تعالى احل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي واما انه صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الغبن الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك واما انه في محله فلكون المبيع مالا متقوما واما الولاية الشرعية فلانه تصرف باذن وليه والولي لم يهدر هذا التصرف فكذا ما اذن له الا ترى ان الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن به فلذلك يقدر الصبي على ولاية شرعية وان اذن المولى بذلك قوله والصبي ليس بمحجور عن قوله لان حجره لصباه وتعرض بانا لا نسلم ان حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في امور التجارة فصار كالعبد في كونه محجورا لغيره وهو حق المولى فاذا اذن له المولى زال ذلك الغير لانه يعلم انه لو لم يكن كامل الرأي في امور التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه كما لو اذن للعبد المولى وقوله [illegible]

اي الطلاق والعتاق

له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتعرّيه اه فيكا ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبي من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض تحصيلا للمصلحة بطريقين اي بمباشرة وليه وبمباشرة بنفسه فكان مرحمة في حقه فيجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فبقينا ولاية الولي ليتدارك وقوله بخلاف الطلاق والعتاق فوجه ذلك ان تصرفات الصبي الآنية اقسام نافع محض وضار محض ومتردد بينهما فالاول كقبول الهبة والصدقة يوهل له قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يوهل له اصلا والثالث كالبيع والشراء يوهل له بعد الاذن لا قبله لان نقصان رأيه ينجبر برأي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فانه احد المحتملين وصحة التصرف في نفسه لصدوره من اهله في محله فان قيل اذا باع شيئا بامثال قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف اجيب بان المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا وذكر الولي في الكتاب يشتمل الاب والجد عند عدمه والشرع المراد به الترتيب وهو ان الاب مقدم على الجد وترتيب وليهم هو الاب ثم وصي الاب ثم الجد ابو الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصيه ثم الوالي بخلاف صاحب الشرط فانه من صاحب البلدة كامير بخارا فكان للوالي مع ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط قوله والشرطان يعقل قد تقدم ذكره وله والصبية بالعبد المأذون له في الاحرم كذلك لكن يرد عليه ان التعميم ليس بمستقيم فان المولى حجر عن التصرف في مال العبد المأذون المديون بدين محيط بماله دون الولي واجيب بان ذلك من الحجر المولى وعدم انحجار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبان دين الصبي لكونه لا يتعلق بذمته لا بماله فجاز ان يتصرف فيه المولى ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى اجنبي عنه اذا كان الدين مستغرقا ويصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه عينا كان او دينا لوليه ولغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغ داورد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على الصبي فكيف افاده ذلك باذنه والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها وكذا بموروثه في ظاهر الرواية احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره في المكتسب وصحة الكلام ان يجعلها الكتب عنه بالاذن التحق بالبالغ ولهذا نفذ ابو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغ فكان الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما مما يملكه ولا يملك تزويج عبده بالاتفاق وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف ولا كتابته وان كان الولي والوصي يملكانها لان الاذن يتناولهما لانهما من صنيع التجار والكتابة ليست منه والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء المعنى المذكور بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم من الاقارب كالابن المعتوه والاخ والعم وكذلك القاضي بمنزلة ولاية على اذن المعتوه يعني قوله وذكر في الكتاب ينتظم الاب والجد الاخر وحكم الصبي اذا بلغ معتوها حكم ما اذا بلغ عاقلا ثم عته فان ادنه الاب في التجارة وقال ابو بكر البلخي لا يصح قياسا وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله

كتاب الغصب

ايراد الغصب عقيب الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة مآلا حتى ان اقرار الماذون

بالغصب يصح كالاقرار بدين التجارة دون غيرها متحد بدين الغصب في يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب ما دام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون للغاصب مالك لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبته مع ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكرا جل المحايين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لمشروعية من كل وجه والغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب لاستعمال فيه بين اهل اللغة سواء كان متقوما او غيره يقال غصب زوجة فلان وحر فلان وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقوله اخذ مال يشمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله محترم احتراز عن مال الحربي فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده اي يد المالك لبيان ان ازالة يد المالك لا بد منها في حد الغصب عندنا وعند الشافعي هو اثبات يد العدوان عليه وثمرة الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست مضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد واستخدام العبد وحمل الدابة غصب لا اتفاقا والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا ليده مع بقاء اثر فعله ثم ان كان الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم فان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده والاثم لان الخطأ موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل المغصوب اما ان يكون قائما في يد الغاصب او لا والاول سيجيء والثاني اما ان يكون له مثل اي يكون مما يضمن بمثله من جنسه او لا فان كان الاول فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات فكان ادفع للضرر فان انقطع فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام ان يتدارك بما هو مثل له صورة ومعنى فان انقطع عن ايدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد الآخر وكلامه فيه واضح فكان انما قدم قول ابي يوسف لانه اقوى بحسب ترتيب الزمان على تلك الاصول الثلث لان الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاقوى الى هذه الازمنة لبيان الاستعمام قول ابي يوسف وان كان الثاني فعليه قيمته يوم غصبه قال المصنف معناه اي معنا قوله لا مثل له العدديات المتفاوتة وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب وانما وجب قيمته لتعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحده دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب كالجوز والبيض فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت فان قيل انما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثل وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطست والشيء يتاخم لان من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له فيجب القيمة وان كان الاول فعلى الغاصب رد العين وهو اي رده هذا القسم مما اخذت اليد حتى ترده وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه وهو واضح ورواية الفائق والمصابيح بدخول حرف العطف وحرف النفي ومعناه لا يريد الاخذ سرقة

ويكون ادخال العبد على اخيه فهو لا يعتبر من اهل السرقة وجاء في ادخال الاذى عليه او قاصدا للعب
وهو يريد انه يجد في ذلك ليغيظه ولان المدعى معقود بدليل جواز اذن العبد في التجارة فانه لا
حكم للشرع بحجمه سوى التصرف بالبيع وحتى اذا كان مديونا فانه لم يشرع هنا كمسالة النيابة عن المولى
في الشرع فعلم ان البالغ معقود وقد توجها عليه فيجب عليه اعادتها بالرد اليه فهو الموجب
اي رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين واما
وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام فيها ما اذا ابرا الغاصب عن
الضمان حال قيام العين فانه يبرا حتى لو هلك بعد ذلك في يده لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة
على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة مع ان الكفالة لا
تصح بالعين ومنها وجوب الزكاة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده
لا تجب عليه الزكاة اذا استغرق النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب قيل والصحيح هو الاول لان
الموجب الاصلي لو كانت القيمة لما كان للغاصب ان يمتنع من رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير
الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسالة الابراء انما هو بعرضية ان
يوجد له بتلفه او يوجد في الحال ذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير
والابرار وعن مسالة الكفالة ان الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد
تقدم في الكفالة وعن مسالة الزكاة بما ذكرناه في مسالة الابراء ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه
لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت قائمة باقية
لاظهرها ومقدار ذلك مفوض الى راي الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضي وحبسه
الحاكم مدة فلم يظهرها قضى عليه ببدلها بما تبين عليه من القيمة او اقام المالك بينة على ما ادعاه من
القيمة لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله
وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة والسير ان الغاصب اذا غيب المغصوب والقاضي يقضي عليه بالقيمة
من غير تلوم فما وجهه قيل في المسالة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب
جواب الافضل قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب لا في العقار وهو كل ما له اصل كالدار والضيعة
والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكانه والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الدين
والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر فعلى هذا الغصب يتحقق في المنقول
لان ازالة اليد بالنقل ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق واذا غصب عقارا فهلك
في يده لم يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول
لتحقق اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع
اليدين من جنس واحد على محل واحد في حالة واحدة وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا اجر دارا
من رجل فانها في يد المستاجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفان فيتحقق الوصفان اعني
ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب وهو الغصب الذي يتحقق الوصفان
في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في
الجحود تناقض ظاهر وكان التكلف باثبات ازالة اليد من جانب البائع لا الالزام انه يكتفي في الغصب
باثبات اليد الباطلة كما تقدم ولابي حنيفة وابي يوسف ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك اي بسبب
ذلك وهذا الحكم لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه اي باخراج المالك عنها
اي عن العقار يعني الضيعة او الدار وهو اي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى زوال اليد والكلام في

بان تتفاحش ضمانها اذا بعد المالك عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها وفي المنقول
لا ينقل فجعله يعني هو الغصب ومسالة الجحود ممنوعة ذكر في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقارا
لا يضمن فان جحد وذكر في المبسوط والاصح ان نقول الجحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا
للضمان في العقار في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولو سلم فالضمان هناك بتركه الحفظ الملتزم بالجحود
تاركا لذلك لكن قال وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه وما نقص الغاصب من العقار بفعله وسكناه
ضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد فظاهر واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانه
اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف ويدخل فيما قاله يعني القدوري
اذا انهدمت بسكناه وعمله بان كان عمله الحدادة والقصارة فوهن جدار الدار بسبب ذلك فانهدم
كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعدما غصبها وسكن فيها لا بسكناه
وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو غصب دارا وباعها
وسلمها واقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار على انها ملكه فهو على الاختلاف في الغصب لا يضمن
البائع للمالك شيئا عند ابي حنيفة وابي يوسف لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان
عندهما خلافا لمحمد وقيد بقوله ولا بينة له لان اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك
بينة تحقق الغصب واما اذا كان له بينة امكنه ان يقيمها على ان الدار ملكه ويأخذها من المشتري
فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله هو الصحيح يحتمل ان يكون احترازا عن قول بعضهم ان في مسالة
البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شهدا بدار لانسان وقضي له بها ثم رجعا ضمنا
قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق وما ذلك الا بالاتلاف كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما
اجيب بان في مسالة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير ان يكون قول الجميع فالفرق بين المسالتين
ان الاتلاف في مسالة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو اقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته
والعقار يضمن بالاتلاف واما في مسالتنا فالاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن
اثبات ملكه ببينة الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه قضي له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا
وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان ويعرف النقصان بان ينظر بكم كان يستاجر هذه الارض
قبل استعمالها وبكم تستاجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى
وكلامه واضح واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وذكر اختلاف النسخ وبين
المراد وابعد لقوله لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده
يجب القيمة يعني على رأي من يرى ان الموجب الاصلي في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا او يتقرر
اي القيمة بذلك السبب يعني على رأي من يرى ان الاصل هو القيمة ورد العين مخلص عنه فاذا هلك
العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب ولهذا اي ولكون الغصب السابق هو السبب
يعتبر قيمته يوم الغصب لا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله او بغير فعله وان نقص المغصوب
في يد الغاصب فلم يجبر نقصانه بوجه آخر ضمن النقصان سواء كان النقصان في بدنه مثل ان
كانت جارية فاعورت او ما هذه الندرين فانكسر يدها او في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا
فنسي الحرفة لانه دخل في ضمانه بجميع اجزائه بالغصب فما فات منه جزء تعذر رد عينه وما تعذر رد
عينه يجب رد قيمته واما اذا انجبر نقصانه مثل ان ولدت المغصوبة عند الغاصب فردها وفي قيمة الولد
وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئا عندنا خلافا لزفر فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو
اما ان يكون الرد في مكان الغصب او لا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر بفتور

الرغبة

الرعاية لا يفوت جزؤه او لم يكن فيه ضرر فخير المالك بين اخذ القيمة والانتظار الى الذهاب الى ذلك
المكان فيسترده لان النقصان يحصل من جهة الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له ان يلزم الضرر
ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر فقوله بخلاف تراجع السعر متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد
قيمته وبخلاف البيع معطوف على قوله بخلاف يعني اذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات
وصف منه قبل ان يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئا للنقصان حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري
بسبب نقصان الوصف وان فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فاعورت في يد البائع فعادت
تساوي خمسين كان المشتري مخيرا بين امضاء البيع ونسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم المائة
كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا يضمن بها اما الغصب فقبض والاوصاف يضمن بالفعل وهو
القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع اجزائه
وصفاته فكانت مضمونة قال المصنف ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده
ضمن النقصان غير الربوي اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او آنية فضة فانهشمت في يده
فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا لكن صاحبه بالخيار ان
شاء اخذ ذلك بعينه وان شاء تركه وضمنه مثله قال ومن غصب عبدا فاستغله اي ومن
غصب عبدا فآجره وقبض الاجرة فصار مهزولا في العمل فعليه النقصان لما بينا انه دخل جميع
اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصانه وصفته فما تعذر فيه
الرد فوجب قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا
يتصدق بها وعلى هذا اذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة لابي يوسف انه حصل في ضمانه
وملكه اما الضمان فظاهر لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب واما الملك فلانه يملكه من وقت
الغصب مستندا اذا ضمن فطاب الغول ما لو جئنا اي سلمنا انه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب
خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف
الاصل لحديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه مستندا فيكون الخبث
اجيب بقوله الملك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه فلهذا يظهر في حق
القائم دون الفائت فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين
بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد يباح له التناول فيزول
الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري
فان الغاصب ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن الى المشتري لان الخبث ما كان لاجله الا اذا لم
يجد الغاصب غيره اي غير الغلة بتاويل المذكور الاجر والمال لانه محتاج اليه وللمحتاج ان يصرفه الى
حاجة نفسه وهو اولى بذلك لانها ملكه فان كان فيه خبث فلو اصاب ما لا يتصدق بمثله ان كان
غنيا وقت الاستعمال اي وقت استهلاك الثمن وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا انه محتاج وكذلك
ان استهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا فلا شيء عليه وان كان غنيا فعليه ان يتصدق
بمثله قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية اذا تصرف في المغصوب او المودع في الوديعة
وربح فيه لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلائل وجوابها في الوديعة
الظهر لانه لا يستند الملك الحاصل قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح
خبيثا ولما كان الشراء في وضع المسئلة تنبيها على تحقق الخبث وان تداولته الايدي ثم هذا اي عدم الطيب انما
فيما يتعين بالاشارة كالعروض ظاهر اما لا يتعين كالثمنين الدراهم والدنانير فقوله في الكتاب يعني الجامع

الصغير اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها قال الكرخي لانه لا يخلو
من ان يكون العقد والنقد بها او بغيرها فان كان العقد والنقد بها يجب التصدق وان عقد بها ونقد من غيرها او
عقد بغيرها ونقد منها او اشار الى غيرها واطلق اطلاقا ونقد منها يطيب فهذه اربعة اوجه في
واحد منها لا يطيب وفي الباقي يطيب وذكر في المبسوط وجها آخر لا يطيب فيه ايضا وهو انه
دفع الى البائع تلك الدراهم اولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي
لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق
الخبث قال والفتوى اليوم على قوله تحرزا عن الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال فخر الاسلام قال مشايخنا
لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال في الوجوه كلها وهو المختار لاطلاق الجواب في
الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح قال الكرخي لانه اذا نقد منها ولم يسلم له المبيع
بهذه الدراهم فاذا لم يتعين عوضا فلا تثبت شبهة الخبث وان اشار اليها ونقد غيرها فالعقد
جنس الثمن وقد يحصل بهذه الاشارة فكان العقد متعلقا بها فتمكن شبهة الخبث ايضا وسبيل مثله
التصدق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب التصدق وان اشترى جارية بالف تساوي
الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء بريد عليه مثل ما غصب في قولهم جميعا لان الربح
انما يتبين عند اتحاد الجنس بان يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يصر فلم يظهر الربح والله اعلم

فصل من هذا الكتاب

لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة عقبه بذكر ما يزول به
ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى
زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي
بدلها وقوله بفعل الغاصب احترازا عما اذا تغيرت بغير فعل احد مثل ان صار العنب زبيبا
بنفسه او الحلو او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذ وان شاء ضمنه وتركه وقوله
حتى زال اسمها احترازا عما اذا غصب شاة فذبحها فان ملك المالك لا يزول بالذبح لانه يقال
بعد ذلك شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها ليتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان
المقاصد المتعلقة بعين الحنطة تجعلها هريسة وكشكا ونشا وبذرا وغيرها تزول بالطحن والظاهر
انه تأكيد لان قوله زال اسمها يغني عنه فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله حتى
غصب شاة فذبحها وشواها او طبخها وفيه اشارة الى ان الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ
بمنزلة طحن الحنطة والامثلة كلها تدل على انه لا بد للغاصب فيه من فعل فقوله وهذا كله يعني زوال ملك
المالك وملك الغاصب وضمانه عندنا وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه
اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا اذ الدقيق والحنطة جنس واحد لا عمل
الطحن في تفريق الاجزاء لان اخذ المالك ملكه موجود وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كما لو قطع الثوب الا ترى
ان الربوا يجري بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة وعند الشافعي يضمنه لانه على اصله ضمان
النقصان مع اخذ العين في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن ابي يوسف وعنه انه يزول ملكه عنه

ولا يسقط حقه عنه لكنه يباح في ديانة وهذا احق من العزيمة بحكم موته قوله وللطحاوي عطف على
قوله لانه يؤدي الى الربوا وتقريره ان بقاء العين المغصوبة يوجب بقاء ملك المالك لما كان
كذلك والعين باق على ملكه ويتبعه الصنعة الحادثة لانها تابعة للاصل كما اذا هبت الريح
في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت فان الدقيق يكون لصاحب الحنطة كذلك هذا فانه
قيل تمثيل فاسد لانه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به فاجاب بقوله
ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الاصول ان الفعل المحظور
لا يصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما اذا اعدم الفعل اصلا وحينئذ صارت صورة
النزاع كالمستشهد به لا محالة وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وارّبها اي جعلها عضوا
عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود ولم يصر سبب الملك لكونه محظورا ولنا انه احدث
صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذا قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا
والحادثة صيرت حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات اعظم المقاصد وحقه
اي حق الغاصب في الصنعة قائم من كل وجه وما هو قائم من كل وجه يرجح على الهالك من
وجه على ما عرف في الاصول من قولهم اذا تعارض ضربا ترجيح كان الترجيح بما في الذات
احق منه في الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشي والطبخ
لان الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه قوله ولا نجعله سببا للملك
من حيث هو محظور جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور وتقريره ان هذا الفعل
يحتمل جهة تعديه بذلك الفعل على الحال وهو محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو سبب
من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله بخلاف الشاة جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح
الشاة المغصوبة وتقريره ان العلة حدوث الصنعة المتقومة على وجه يبدل الاسم واسم
الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم انه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية
فان قيل الكلام فيما بعد التاريب ولا يقال لها شاة مارّبة بل يقال لحم مارّب فقد حصل
الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه لما ذبحها فقد بقي اسم الشاة فيها
ثم ترجح جانب الحي فيها اذ معظم المقصود منها اللحم والسلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت
ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين بخلاف الطبخ بعده لانه
لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها ان ياخذها قوله وهذا الوجه اي وجه
قولنا لا يبقى الا الاثم على عدم انقطاع حق المالك وبطلان الاثم على انقطاع حق المالك
يشمل العامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب حنطة فزرعها او قطنا فنسجه او قطنا
فغزله او سمسما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم واما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر
لم ينقطع وكان بالخيار على ما سيجي لان عين الثوب باق لم يتبدل اسمه وقوله لا يحل له ظاهر وقوله
ووجهه اي وجه القياس انه ثبت الملك المطلق للتصرف يعني ان الملك قد ثبت للغاصب
وانقطع عنه حق المالك بالدلائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره
الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز ووجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب وهو حديث رواه
ابو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابي موسى رضي الله عنهم ان النبي صلى
الله عليه وسلم كان في ضيافة انصاري فقدم اليه شاة مصلية اي مشوية فاخذ منها
لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال انها تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة

اخي

اخي ولو كانت اعز من هذا لم انفس بها عليك وسارضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال صلى الله عليه
وسلم اطعموها الاسارى كذا ذكره محمد رحمه الله يعني في المبسوط فامر بالتصدق مع كون المالك
مغلوبا بما بيناه ان الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا امكن وثمنه بعد
البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما امر بالتصدق بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع
للغاصب قبل الارضاء قوله ولان في اباحة الانتفاع دليل معقول فهو ظاهر وقوله ونفاذ بيعه
جواب عن قوله فلهذا لو وهبه وتقريره ان نفاذه لقيام الملك وذلك لا يستلزم الاباحة
كما في الملك الفاسد قوله واذا ادى البدل راجع الى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه ظاهر
وقوله او ضمنه الحاكم يعني اذا كان مال اليتيم وقوله بخلاف ما تقدم اشارة الى قوله كمن غصب
شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا وقوله واصله
ما تقدم اشارة الى ما ذكر قبل هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله
فنقصته الغلة فعليه الضمان قال وان غصب فضة او ذهبا اذا غصب فضة او ذهبا
فضربها دراهم او دنانير او انية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة فياخذها ولا شي للغاصب
وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة متقومة صير حق المالك
هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح راس
المال في المضاربات والشركات وبعد ما ضربه يصلح لذلك وفي دليل على تغايرهما معنى واسما
لانه قبل الضرب كان يسمى تبرا وفضة وذهبا وبعده دراهم ودنانير ومثل ذلك يقطع حق المالك
كما تقدم ولابي حنيفة ان العين باقية من كل وجه الا ترى ان الاسم باق والاحكام الاربعة
المتعلقة بالذهب والفضة وكونه موزونا وجريان الربوا ووجوب الزكاة كذلك واذا كان
كذلك [struck through] لم ينقطع حق المالك قوله وصلاحيته لراس المال يعني جواب عن قوله
والتبر لا يصلح الى اخره وتقريره ان الصلاحية امر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لانه
يحلل العين بهما من وجه وقوله وكذا الصنعة جواب عن قوله احدث صنعة معتبرة متقومة
ومعناه انها غير متقومة في جميع الاحوال لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما تتقوم
عند المقابلة بخلاف الجنس فمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا
عندنا وذلك لانا لو اوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها
كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلرعاية حق المالك والتحرز عن
الربوا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجد صاحبه مكسورا فرضي به لم يكن
له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن
الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه
دون وجه فلا تصلح لابطال حق ثابت [struck through] من كل وجه ومن غصب
ساجة بالجيم وهي الخشبة العظيمة لان الساحة بالحاء سياتي بعد هذا فبنى عليها زال ملك مالكها
عنها ولزم الغاصب قيمتها وذكر في المختصر الكرخي اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة واما
اذا كانت قيمة الساجة اكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مالكها وسيظهر لك وجه ذلك ان تاملت في قوله
وجه اخر لنا فيه وقال الشافعي رحمه الله للمالك اخذها والوجه من الجانبين تقدم يعني في اول
هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الى اخره ووجه اخر لنا فيه اي
في تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهب اليه الشافعي اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل

من غير خلف

وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته
وادخل اللوح المغصوب سفينته او السفينة مع من عليها في لجة البحر ليس للمالك ان ينزع
لوحه منها وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان له ان ينزع عنه فلا يصلح
للاستشهاد فان قيل علم جواز نزع الخيط واللوح عنه من حيث ان فيه تلف النفس
لا ان المالك ملكه ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت
في كل واحد منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة
الى ضرر المالك فكانتا متساويتين ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى
في حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء واما اذا بنى على الساحة ينقض لانه متعد
فيه قال المصنف وجواب الكتاب يعني قوله فيبني عليها يرد ذلك وهو الاصح قيل لانه
تغير عما كان عليه لان الساحة قبل البناء عليها تصلح للاحراق تحت القدور ولا بواب الدور
وغير ذلك وبعده لا تصلح لشيء من ذلك الا بالنقض والنقض يوجب انقطاع حق المالك
قال ومن ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان
شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وهو ما اعد للنحر من الجزر وهو القطع وانما صح
لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل لجزارته على المالك لانه
حقق مقصوده فيها فكان ذلك زيادة فيها لا نقصا حيث اعد للجزر غير مطلوب منه
الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون
له مقصود سواهما من زيادة ما لاستمرار التاجر الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذا
اذا قطع يدها اي يد الشاة والجزور وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن
ابي حنيفة انه لا يضمنه شيئا في ذبح الشاة لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة على
ما مر ووجه الظاهر ان ما ذكره اتلاف من وجه باعتبار فوت الاغراض من الحمل
والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما سيجيء ولكنه
لا يعم الجزور وبظاهره وكلمة من في قوله فوت بعض الاغراض اذ لا يتحمل البيان فيحمل
فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب
طرفها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتعيين
بغير ماكول اللحم فائدة فان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدها على
قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل على انهما في الحكم
سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب
تضمين القيمة بالاختيار فيهما في غير ماكول اللحم وما كوله اذا قطع طرفه فكان لا بد من ذكره
فورد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول وكذا
اذا كان غير ماكول اللحم والثاني ان التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم
وغير ماكوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من
كل وجه والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة
وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في
الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رحمه الله رجل قطع يد حمار او رجله وكان
لما يبقى قيمة فله ان يمسكه وياخذ النقصان بخلاف قطع طرف العبد المملوك متعلق بقوله للمالك

ان

ان يضمنه جميع القيمة وحاصله الفرق بين الادمي وغيره ان الادمي بقطع طرف منه
لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود
منها من الحمل والركوب وغير ذلك قال ومن خرق ثوب غيره اختلف الناس في الحد الفاصل
بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما اوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش
وما اوجب دونه فهو يسير واشار في القدوري الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع
قيل معناه ان لا يبقى للباقي منفعة الثياب بان لا يصلح لثوب ما قال المصنف والصحيح
ان الفاحش ما يفوت به بعض العين قيل يعني من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر
ان الثوب اذا انقطع يفوت شيء من اجزائه وجنسا للمنفعة يعني ان لا يبقى جميع منافعه
بل يفوت بعضه ويبقى بعضه واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه
النقصان يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون
غيره لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا فقال اذا
غصب ثوبا وقطعه قميصا ولم يخطه فله ان ياخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وان
شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك ان الفائت به بعض المنافع لانه
بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقباء وامثاله والساقط من القيمة
اقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد فاحشا واذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا
ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان
خرق خرقا كبيرا فللمالك ان يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لانه استهلاك من
هذا الوجه فانه قبل القطع كان صالحا لاتخاذ القباء والقميص وبعده لم يبق ذلك فكان
مستهلكا من وجه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من
حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة
او الى جانب انه اخذ العين وضمن نقصان القطع ووضع المسئلة بلفظ الثوب اشارة الى
ان الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لا يلبس كالكرباس قال ومن غصب ارضا
كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان القاضي ابو علي النسفي يحكي عن الكرخي انه ذكر في
بعض كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساحة اكثر فله ان ياخذها وقال هذا قريب
من مسائل حفظت عن محمد حيث قال في لؤلؤة سقطت من يد انسان فابتلعها دجاجة انسان
ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة اكثر خير صاحب اللؤلؤة ان
شاء اخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة
اللؤلؤة وكذلك اذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلاني وتعذر اخراجه ينظر ايهما كان اكثر
قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في تلف
ايهما شاء وليس امثال الغير ما ذكر وقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق صحح الرواية بتنوين عرق
وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظالم الذي هو
وصف صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله
تقوم الارض الى آخره تعتبر قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه
خمسة عشر يضمن صاحب الارض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الارض والشجر لصاحب الارض
وكذا البناء قوله ومن غصب ثوبا الى آخره ظاهر وقوله اعتبارا بفصل الساحة يعني كما ان في

فضل الساجة يؤمر بالقلع اي لم يتضرر الارض به فكذلك ههنا لان في كل منهما ملك الغير عليه
وقوله لان التغيير مكون يعني بالغصب وقوله ولنا ما بينا يعني في مسئلة الساجة بالجيم بقوله
ووجه آخر وقوله والخيرة لصاحب الثوب جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ ان شاء
سلم الثوب الى المالك وان شاء ضمن قيمة الثوب ابيض وبيانه ان تخيير كل منهما ممتنع لجواز
وقوع التنافي بينهما وتخيير المالك اولى لان الثوب اصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له
والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ وقال ابو عصمة المروزي رحمه الله في اصل
المسئلة يعني في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه احمر وتخيير بهذا القيد عن ان يتوهم ان هذا
الحكم الذي ذكره ابو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ كذلك لكن وقع من ابي عصمة
في اصل المسئلة فقيد بذلك تصحيحا للنقل وقد ظهر بما ذكرنا في مسئلة الصبغ والانصباغ
الوجه يعني جواب المسئلة وتعليلها في السويق من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل
غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته
وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل
المراد منه اي من القيمة المثل بتسميته به اي تسمية المثل بالقيمة لقيامه مقامه اي لقيام
المثل المغصوب وذكر الضمير في ضمنه وبه بتأويل ما يقوم قوله عن محمد انه ينظر الى آخره انه
ينظر الى ثوب يزيد في الحمرة فان كانت الزيادة خمسة مثلا يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان
صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة
فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع بما بقي عليه من النقصان وهو خمسة وهذه رواية هشام عن محمد

فصل من هذا الكتاب

لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب ومن
غصب عينا فغيبها فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى ان توجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار
تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي قال الغصب عدوان محض وهو كذلك
لا يصلح سببا للملك كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق وقلنا المالك ملك
البدل وهو القيمة بكماله يعني يدا ورقبة وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في معاملته
ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل لكن يشترط ان يكون المبدل قابلا للنقل
من ملك الى ملك والمدبر ليس كذلك وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب والا لم يكن
تعليل الشافعي بذلك مناسبا وهو مذهب القاضي ابي زيد فانه قال في الاسرار يجعل عين
الغصب يعني الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي قال شمس الائمة في المبسوط و
ذكر فان الملك لا يثبت عند اداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد
ولو كان الغصب هو السبب لكان اذا تم الملك يملكه بالزوائد المتصلة والمنفصلة كالبيع
الموقوف اذا تم بالاجازة يملك المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه
العبارة بعض الشنعة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه

مشروعا مرغوبا فيه ولا يصلح ان يجعل العدوان المحض سببا له لانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو
مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع وقيل فيه نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك
عند اداء الضمان انه يوجبه مطلقا بل بطريق الاقتضاء وقوله نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء جواب عما يقال لا
نسلم ان المدبر لا يقبل النقل فان مولاه اذا باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير وتقريره
القول بالموجب يعني نعم كذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فيكون البيع
مصادفا للقن لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق واما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام
فيه قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه اذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب
مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه لم يكن القول
للغاصب لكونه منكرا للمالك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب
وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة و
على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة
فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت
مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه
الا اليمين وباقامة البينة اسقطها ودفع الخصومة واما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة
وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا تكون في معنى المودع وكان المصنف اختار قول من
قال العلم باوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله
في الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه
حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الائمة الحلواني ينبغي ان تحفظ هذه المسئلة لانه قال اقام
بينة انه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها وانما كان ذلك اصح لاجل الضرورة
فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يتأتى من الشهود معاينة فعل
الغصب دون العلم باوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم
فعل الغاصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء به
وعلى هذا لا احتياج الى ما قيل في بكر الاعمش وهو ما قال انما تقبل الشهود اذا شهدوا على اقرار الغاصب
بذلك فاما اذا شهدوا على فعل الغصب فلا يقبل مع جهالة المغصوب اثبات الملك للمدعي في المغصوب
والقضاء بالمجهول غير ممكن فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن فاما ان يكون ضمن بعد تمام الرضا
اولا فان كان الاول كما لو ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها المالك او بنكول الغاصب عن اليمين فلا
خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان
الثاني كما لو كانت ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين
ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة فان قيل اخذ القيمة وان كانت ناقصة
يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى اجاب بقوله واخذه دونها اي اخذ المالك دون الزيادة
لا يدل على تمام الرضا لانه انما اخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة
الاولى وقوله في هذا الفصل الاخير يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فللمالك الخيار اي فهو
بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض في ظاهر الرواية وقال الكرخي لا خيار له
في استردادها لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله والصحيح ظاهر الرواية لانه لم يتم رضاه بزوال العين
عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لا يسقط الخيار قال ومن غصب عبدا

والبدال

فباعه فضمنه المالك قيمته نفذ جاز بيعه وان اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه
لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة احتراز اجتماع البدلين في ملك شخص واحد ولهذا
يظهر في حق الاكتساب دون الاولاد على ما نذكره لنا فيكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق كما لنقص
ملك المكاتب فان له ان يبيع عبده وليس له ان يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازا
عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فان فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو
الاصح قياسا على الموقوف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي وولد المغصوبة ونماؤها
كالسمن والجمال وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب لا يضمن الا بالتعدي او بالجحود عند طلب
المالك والاكتساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه في شيء حتى يضمن بالتعدي بل انها
عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي رضي الله عنه زوائد
المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة بناء على ان حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير
بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان الولد
يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الام وان لم يكن هناك منع من المخرج ولنا ان الغصب
اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا في اول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه
ليس بموجود فيما نحن فيه لان يد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض بان هذا
يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين
هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الجواز واجيب بان الحمل
قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا ازالة
ثم ظاهرا اذ الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا
يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تغيبت بعد تحصيله لا تمكنه منه لا من الغاصب
وكذلك الخلاف بالبيع والتسليم وعورض بان الام مضمونة البتة فالاوصاف القارة في الامهات تسري
الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء واجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في
ذمة الغاصب فانه وصف بيد المالك مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة
فيها فكان امارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل ازال يد الغاصب
والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد لم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل
يدا في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد احد لا اثباتها قلنا
انما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطردا لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان
غصبا فلم نلتزم ذلك فيجوز ان يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا
قوله وفي الظبية المخرجة من الحرم جواب ذلك ان القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو
ظاهر الفساد فانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه
باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار ان الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب
اكثر مشايخنا واذا اطلق لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال او بعده
فهو ضمان جناية اي اتلاف لان صيد الحرم بعد ان كان آمنا في الحرم صيد وذلك في يد من ايدينا
فالموضوع في ايدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في ايدينا ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه
الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب جزاء
اخر بمجوزاته يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم قوله ويجب [illegible]

الضمان

قوله وهو الولادة والعلوق على ما عرف اى عند ابي يوسف ومحمد سبب النقصان الولادة وعند ابي حنيفة العلوق ويظهر ذلك فيما اذا غصب جارية فحبلت عند الغاصب فردها فماتت بالولادة [illegible]

الضمان بالاعانة والاشارة بالنص فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى
قال وما نقصت الجارية بالولادة ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان
الغاصب فلو غصبها فولدت عنده فات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها
بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات جزء مضمون منها فكان
مضمونا عليه كالفوات كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وفي قيمة الولد وفاء
ان يكون جابرا لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد
لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها بسبب
الولادة وفي قيمة ولدها ما يساوي ذلك النقصان فانه لا يجزئها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما
الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبقيمة الولد وفاء وكما اذا جز صوف شاة غيره
فنبت مكانه آخر او قطع قوائم شجر الغير فنبتت قوائم اخرى مكانها او خصى عبد غيره فزادت قيمته
بسبب الخصاء او علمه الحرفة فاضناه التعليم فانه لا ينجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص
من الجز والخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة
عندهما والعلوق عند ابي حنيفة على ما عرف ذلك يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية
فزنى بها على ما يجيء وعند ذلك لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان
كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن
خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى
القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات فصار كما اذا غصب جارية سمينة
فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها وادى مع العبد يحتسب عن
نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه مخلفا قوله وولد الظبية ممنوع جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم
ان الام اذا ماتت لا تنجبر بقيمة الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية واما تخريجها
على الظاهر فهو ان كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة ليست سببا للزيادة
وليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا وروي عن ابي حنيفة رواية اخرى وهو انه يجبر
بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام ورد القيمة كرد العين ولو رد عين
الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد جواب عن
قولهما كما اذا هلك الولد قبل الرد وقوله وجهه ان كلامنا فيما اذا رد الام بنقصان الولادة هل يجبر
النقصان برد الولد وان كان الولد هالكا كيف يجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض
بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في
الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد وامثاله نكتة الخصم وهو ان
الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون جابرا للنقصان وقع في ملكه فهو على حاله اجيب بان المصنف اشار
الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا واذا لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع في
العبارة فاذا قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب
لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد اجيب بانه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس ببدل انما هو بدل من حيث
الذات فان ارتفع النقصان بطل الخلفية وبقي في ملك المولى فانه قيل الولد عنده امانة فكيف يكون خلفا عن
المضمون فالجواب ما اشار اليه المصنف من عدم عده نقصانا لا ضمنه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال
الثاني ايضا فلله در المصنف ما الطفه ذهنا جزاه الله عن المحصلين خيرا قال ومن غصب جارية فزنى بها

قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يغصب الجارية فزنى بها ثم ردها فحبلت فماتت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان عليه في الامة ايضا اذا ماتت في نفاسها بعدما ردها وتابعه المصنف في قوله ثم ردها فحبلت بتقدم الرد على الحبل ووقع في عامة النسخ بتقديم الحبل على الرد فبيان ان الحبل كان موجودا وقت الرد قالا ان الرد قد صح لانه اوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل الاستيلاء تحقق حيث هلكت بسبب كان عنده اجاب بقوله والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يد الغاصب فردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبل فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل ولابي حنيفة ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه ان يكون على الوجه الذي اخذ ولم يوجد هنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطا فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها لانها لا تضمن بالغصب ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بخلاف قوله وفي فصل الشراء جواب عن قولهما كمن اشترى جارية وقد حبلت عند البائع بطريق الفرق وهو ان في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم اي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وعروض الهلاك بالنفاس لا يعدم التسليم ولما ذكرناه من وجوب الرد على الوجه الذي اخذه فجعلناه شرطا لصحة الرد ولم يوجد كما تقدم ما لم يوجد الشرط على ما وجد بشرطه وهو مشكل فاسد فقيل الحقيقة ان الشراء لم يتناول الا العين اذ الاوصاف لا يتناولها الشراء ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو المعقود عليه وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده واما الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها ردا فاسدا واما اذا حمت في يد الغاصب فلان سبب الموت ما تهافي من الحمى الضعف وقت الموت ويحتمل ان يكون سببه زيادة كانت في يد الغاصب او حدثت في يد المالك او مركبة منهما فلا يضاف الى سبب قائم في يد الغاصب بالشك ثم قوله والزنا سبب جواب عن قولهما او زنت في يده الى آخره وتقريره ان الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجارح ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك جلدا متلفا كان غير ما وجد في يد الغاصب فلا يضمن قال ولا يضمن منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص باستعمالها يغرم الغاصب النقصان وقال الشافعي مضمونة باجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال وربما يسمى الاول غصبا والثاني اتلافا فتحصل العدم عندنا ويتحقق الوجود عنده وفصل مالك رحمه الله فقال ان سكنها فكما قال الشافعي وان عطلها فكما قال ابو حنيفة للشافعي ان المنافع اموال متقومة لكونها مخلوقة لمصالح الآدمي ويجري فيها الشح والضنة وتضمن بالعقود صحيحة كانت او فاسدة بالاجماع فكذا بالمغصوب لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كما لو ورد على الميتة ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في امكانه اي نصرته وقدرته وكسبه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى وما حدث في امكان الرجل فهو ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته الى اقامة التكاليف والمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملكه نفسه ولئن سلمنا حدوثها على

ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بانها اذا اتلفت مما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة وذلك ما ذكرتم فصح ان المنافع تجارى الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وفان فكان ... وارد وكذا راجع الى انها تعتبر بين جوهر وعرض الا ترى ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكر ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فلان ان الفرق الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات وقد عرفت هذا المأخذ اي العلل التي هي مناط الحكم وهو ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا تتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان الاخر في المختلف يعني في مختلفات الشيخ الليث وقوله ولا نسلم انها متقومة في ذاتها لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل يتقوم لضرورة دفع الحاجة عند ورود العقد عليها بالتراضي ولا عقد في المتنازع فيه الا ان اي لكن ما نقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين والله اعلم

فصل في غصب ما لا يتقوم

لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم بوصفه ان يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه بتقومه او بتعرضه في نفسه الى التقوم قال وان اتلف المسلم خمر الذمي وخنزيره ... هذه المسألة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي واتلاف المسلم خمر الذمي ولا ضمان على المتلف في الاولين بالاجماع واما في الآخرين فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف اذا باعها الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافا له له ان سقط تقومها في حق المسلم بالاتفاق فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فاعلموهم ان لهم ما للمسلمين واذا سقط تقومها ... فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان اي ما يضمن به ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا ذكر ذلك قول عمر رضي الله عنه حين قال لعماله ما ذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها ولم يفعل ذلك الا لبقاء تقومها ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني اجاز لهم على التركة والسيف موضوع يعني لا يجبرون على الترك بالالزام بالسيف لعقد الذمة وحينئذ تعذر الالزام على تركها الدين فبقي التقوم في حقهم واذا بقي تقومه وجد اتلاف مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه ولو قضيتها اذا مات المجوسي عن ابنتين احديهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة النكاح ذلك يوجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لهم

ويحل المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم يتركهم على ما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التورية
بالحكم الجاري ثم فلا بد له من بيان وقوله بخلاف الميتة والدم جواب عما يقيس عليه الشافعي لم يذكر محمد في الكتاب
لان احدا من اهل الاديان لا يدين بتمولهما الا انه عرضه في الحجر والمكاتب مثاليه وتذكر الصبي في الكتاب
بتاويل الشراب او المدبر لان المسلم ممنوع عن تملكه لكونه اعزازا لها بخلاف اهل الذمة فانهم غير
ممنوعين عن تملكها فان وجدت بينهما مبايعة جاز لهم التمليك والتملك وان انفسهم تملكهم بعضهم لبعض
جاز تسليم مثله وتسليم قوله وهذا الخلاف الربوا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تملكه
[illegible] عن تملك الخمر كذا قيل والاولى ان يتعلق
بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون لانه استثناء ما يجئ من الغلط حينئذ وقوله لانه مستثنى
عن عقودهم يعني بحكم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد
وذلك لانه فسق منهم لا تدين لمن حرمته الربوا في دينهم قال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه
وبخلاف العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلفه لا يضمن شيئا وان كان اعتقاد الذمي ان العبد المرتد
مال متقوم وهو ايضا في الحقيقة مقيس عليه للشافعي ووجه الجواب انا ما ضمنا لهم ترك
التعرض للعبد المرتد للذمي لما فيه اي في ترك التعرض من الاستخفاف بالدين بالترك والاعراض عنه
واستشكل هذا التعليل بما اذا اتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض
استخفاف بالدين واجيب بانه كفر اصلي والنصراني مقر عليه بخلاف الارتداد وقوله بخلاف متروك
التسمية عمدا لا مسلم مستقيم متعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لما امرنا ان نترك اهل
الذمة على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ وجب ان نقول بوجوب
الضمان على من اتلف متروك التسمية عمدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب
ما قال ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب
الضمان هذا ما قاله ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على
ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب
ان الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف
في حق المجتهدين قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فكل منهما على
وجهين لان التخليل والدباغ اما ان يكون بخلط شيء له قيمة او لا فالتخليل بغير شيء بالنقل من الشمس
الى الظل ومنه الى الشمس والدباغ بالقرظ والعفص ونحوهما فاما ان يكون الخل والجلد
باقيين او لا فان كانا باقيين اخذ المالك الخل بلا شيء واخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق
علمه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب
حبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكره في الكتاب [illegible]
وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب يضمن الخل ولا يضمن الجلد عند ابي حنيفة وقالا
يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه وان هلكا لا يضمن [illegible] بالاجماع والمجمع عليه
لا يحتاج الى الدليل لان [illegible] الاجماع فلهذا لم يذكره والتنبيه على [illegible] فلا وجه لضمان قيمته
يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا الضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف
بالتعدي والفرض عدمه وقوله اما الخل دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر واما الجلد فلانه كان
على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه قال العبد الضعيف [illegible] جلد من منزله فاما اذا القاه صاحبه
فاخذه رجل فدبغه فليس للمالك ان ياخذه وعن ابي يوسف ان له ان ياخذه في هذه الصورة ايضا واذا

كان باقيا على ملكه وهو مال متقوم وقد استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ كما اذا غصب
ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ
فيه وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه وقوله ولانه
واجب الرد دليل آخر وتقريره ان الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد
خلفه قيمته كما في المستعار يضمن بالاستهلاك لا بالهلاك وعلى هذا فارق الهلاك بنفسه لانه
لا تفويت منه هناك وقال الامام فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير قولهما يعطي ما زاد
الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعني ان القاضي يقوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير
فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ اما اذا قومها بالدراهم او بالدنانير فلا يحتاج عند ذلك الى العدد
ويأخذ منه البلغ لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه ولابي حنيفة ان التقوم في الجلد حال
متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله ما لا يتقوم
فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد
تابعا للصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذا التابع ولان
الغصب موجب للضمان في الهلاك [illegible] بخلاف الرد جواب عن قولهما ولانه
واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد لقيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق
الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما ولكن الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة
وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه اصل لا تابع له فوجب رده وتبعه
الصنعة وقوله بخلاف الذكي والثوب جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا والجلد الذكي استظهارا
لان التقوم فيهما اي في الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم
يوجب الضمان ولو كان الجلد قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه اي الذي
كان الدباغ فيه بشيء متقوم ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك بالاتفاق لان الجلد لا قيمة له بخلاف
صبغ الثوب لانه له قيمة وقيل ليس ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك وقوله لانه اذا تركه دليل
ان في المسئلة خلافا لا دليل المخالف ووجه ذلك انه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب
عن رده فصار كالاستهلاك وعلى هذا الخلاف على ما بيناه آنفا وفيه نظر لان العجز في الاستهلاك لازم
من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة
تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه
قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الدباغ وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ
هذا كله اذا دبغه بما له قيمة وخلل بغير خلط شيء واما اذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس
فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب يضمن
قيمته في قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه وكانت المالية والتقوم
حقا خالصا للمالك فيضمنه بالاستهلاك ثم اختلفوا في كيفية الضمان فقيل يضمن قيمته مدبوغا وقيل
طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيها فالمشايخ
صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند ابي حنيفة وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه كما في
دباغ الجلد وقوله قالوا اشارة الى ان ثمة قولا آخر وهو ما قيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار
مستهلكا فيه فلا يعتبر ودباغ في كلامه ظاهر سوى الغاصب [illegible] قوله فهو على ما قيل وقيل [illegible]
اشارة الى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكر بقوله وهو ما كان قائما فاراد المالك

الى ان قال قيل لمشتريه ذكره عند ابي حنيفة وقوله على اصله لمنع يا شبه ذلك اي اصل محمد فان من اصله
وهو قول ابي يوسف ايضا ان خلط الشيء بجنسه لتعين يا شبه ذلك عندهما وحينئذ كان الخل الحاصل
مشتركا بينهما فاذا اتلفه فقد اتلف خلا نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه
وقوله هو الغاصب في الوجهين يعني اذا صارت خلا من ساعته او بعد زمان وقوله اجروا
جواب الكتاب يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء ومعناه ان بعضهم
حملوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شيء كما تقدم وبعضهم اجروه على اطلاقه وقالوا للمالك
ان ياخذ الخل في الوجوه كلها وهي التخليل بغير شيء والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل
فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما قال ومن كسر لمسلم بربطا
او طبلا قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم طبلا بربطا وهو من آلات الطرب والطبل
والمزمار والدف معروفة وقوله اهراق له سكرا اي صب يقال اهراق يهريق بتحريك الهاء
ويهريق بسكونها والهاء في الاول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وتمام كلامه الى آخره ظاهر الى الحج

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال الغير بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمه
عليه لكونها مشروعة دونه لكن قوة الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة وقوع اسبابه
من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه
وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع
فهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع وفي الشريعة عبارة عن تملك
عين ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة او جوار قال الشفعة واجبة اي
ثابتة للخليط في نفس المبيع اي للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب والطريق ثم للجار يعني الملاصق
قال المصنف افادهذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب والدليل
على الاول ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم اي يثبت
الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا
باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما
واحدا والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله اذا كان طريقهما واحدا وقوله ينتظر له
وان كان غائبا يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر
سببه قيل معناه احق به عرضا عليه للبيع الا ترى انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا
واجيب بانه صلى الله عليه وسلم جعله احق على الاطلاق قبل البيع وبعده وقوله ينتظر
تفسير لبعض ما اشتمله كله احق وهو كونه على شفعته وفي رواية الجار احق بشفعته والحديث
الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث
للجار وقال الشافعي لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت

الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ووجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله صلى الله عليه وسلم
الائمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني دارا كانت قابلة للقسمة واما اذا لم يكن فلا
فلا شفعة فيه وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار
كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه وقوله ولان حق الشفعة كما بيناه معقول وتقريره ان
حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه
فكان الواجب ان لا يثبت حق الشفعة اصلا لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق
به غيره تابعا اصلا ولا دلالة اذ لم يكن في معناه من كل وجه وهذا اي الجار ليعني
شفعة الجار ليس في معنا ما ورد به الشرع لان مورد الشرع فيه ضرر دفع مؤنة
القسمة التي تلزمه وقوله في الاصل اي فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه في الفرع وهو
المقسوم ويفهم من جملة كلامه ان نزاعه للشريك في الجار وكل بل فيه وفي الشريك في
حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفيما لا يحتمل القسمة كالبئر والحمام ولنا ما روينا من الاحاديث
من قوله صلى الله عليه وسلم جار الدار احق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن
صحيح وقوله صلى الله عليه وسلم الجار احق رواه البخاري وابو داود ولان ملك الشفيع
متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تابيد احتراز
عن المنقول كالسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار
له لوجوب النقض دفعا للفساد وكلما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال
وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتبارا اي الحاقا بالدلالة بمورد
الشرع وهو ما لا يقسم ولا يعني بقوله وهذا للنص في معناه اذ الاتصال على هذه الصفة
يعني تابيدا وقرارا انما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجار مادة المضار
من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار
وقطع هذه المادة بتملك الاصيل يعني الشفيع اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطته
ابائه اقوى فيلحق به دلالة وحاصله ان الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع اسهل من
الرفع قوله وضرر القسمة مشروع جواب عن قوله لان مؤنة القسمة يلزمه جعل العلة
المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم ياخذ المبيع الشفيع
المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به يمكنه
الشفيع من اخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرير الجواب ان مؤنة القسمة امر مشروع لا
يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه ولم يذكر الجواب عن استدلاله
بالحديث لانه في حيز التعارض وقد اجاب بعضهم بان قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما
لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر ولا يدل على نفي ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق مشترك الالتزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بامرين وذلك يقتضي
انه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بان كان الطريق واحدا تجب الشفعة وانما نفى الشفعة
في هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل يستحق
بها الشفعة اولا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها والدليل على الثاني
اعني على الترتيب قوله صلى الله عليه وسلم الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع قال
المصنف فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ودلالته على

الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي ولان الاتصال دليل عقلي على الترتيب وكذا قوله
ولان ضرر القسمة يعني قد ذكرنا ان دفع مؤنة القسمة لم تصلح علة للاستحقاق قال
وليس للشريك في الطريق والشرب اذا ثبت الترتيب ثبت ان المتأخر ليس له حق الا اذا
سلم المتقدم في ظاهر الرواية فان سلم فللمتأخر ان يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر
في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك ان يكون الجار طالب الشفعة مع
الشريك اذا علم بالبيع ليمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له
بعد ذلك وابو يوسف في غير الظاهر جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذا بين الاخذ والتسليم
والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين في الدار مثلا ان يكون في دار
كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على
الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى لان المنزل
من حقوق الدار ومرافقها ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها والبقعة
واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا
صار احق بالبعض كان احق بالجميع والرواية الاخرى انه والجار سواء في بقية الدار
ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق بهما الشفعة وتفسير الخاص ما اختاره
هو بين التفاسير المذكورة له والقراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر
ولا بناء يعني وذكر استحقاق الشفعة في السكة واحاله على ما ذكره في كتاب القضاء وهو
قوله لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور واصل ذلك ان استحقاق الشفعة وجواز فتح
الباب يتلازمان فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك
السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في الكتاب
ولو كان نهر صغير يؤخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه يعني قوله فان
كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الى اخره فان استحقاق الشفعة هناك
باعتبار جوار الطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع ارض متصلة بالنهر الاصغر
كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما في السكة المستطيلة العظمى وذكر مسألة
صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان العلة هي الشركة في العقار
قال واذا اجتمع شفعاء فالشفعة على عدد رؤوسهم خلافا للشافعي فاذا كان دار بين
ثلاثة لاحدهم نصفها وللاخر ثلثها وللاخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب
الشريكان الشفعة من مرافق الملك لانها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر
بقدر الملك كالربح والغلة والثمر ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال
الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا اية كمال السبب والتساوي في
سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة ليثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال
سبب الاستحقاق وصاحب الكثير اكثر اتصالا فاني يتساويان اجاب بقوله وكثرة الاتصال
تؤذن بكثرة العلة لان الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا ان صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع
والترجيح انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة هاهنا لظهور الاخرى بمقابلتها
حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجحا لما استحق شيئا لان المرجوح يندفع في مقابلة
الراجح وعورض بان الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الافراد فيجوز ان يكون صاحب

القليل

القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب الكثير نقصا وتاركا لابن
فانه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلث مع البنت واجيب بان الهيئة الاجتماعية
مطلقا تستلزم ذلك او التي تجتمع من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني مسلم
ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية لا تستلزم زيادة والا لزم
الترجيح بكثرة العلل وليس بصحيح الا ترى ان الشاهدين والاربعة سواء ولم تستلزم
الهيئة الاجتماعية زيادة ومسألة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم تجتمع في الابن علتان
انضمت احديهما الى الاخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت في عصوبته
بجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان قوله وتملك ملك غيره جواب عن جعله الشفعة
من ثمرات الملك يعني ان التمكن من تملك الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن
من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه ولو اسقط بعضهم يعني اذا اجتمع
الشفعاء واسقط بعضهم حقه فلا يخلو اما ان يكون قبل القضاء له بحقه او بعده فان
كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون انصبائهم لما تقدم لان السبب
في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو
كان البعض غائبا يقضي بها بين الحاضرين على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب يعني
قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وان قضي للحاضر بالجميع ثم حضر
اخر وطلب يقضي له بالنصف فان حضر ثالث قضي له بالثلث لكل واحد منهم تحقيقا للتسوية
وان كان بعد القضاء له بحقه فليس للاخر ان يأخذ الا النصف لان القاضي لما قضى بينهما
صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضي به لصاحبه والمقضي عليه
في قضية لا يصير مقضيا له فيها ولا فرق بين ما اذا تساووا في سببها وبين ما يكون بعضهم
اقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا
النصف وهو مسألة الكتاب لان قضاء القاضي بالكل قطع حق الغائب عن النصف
بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعد البيع قال في المختصر والشفعة تجب
بعقد البيع وهو يوهم ان الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك لان سببها
الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال
وهذا قول عامة المشايخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة
والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا للشريك في
حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك ورد بانه لو كان السبب الا ترى ان الابراء عن سائر
الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله
ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة
قبل الحلول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب ان ذلك شرط الوجوب ولا
كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط ضروري فعلى الحد
قوله والوجه فيه اي في هذا التأويل ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار
ورغبته عنه امر خفي لا يطلع عليه فله دليل ظاهر وهو البيع فيقام مقامه والحاصل
ان الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك فاقيم مقامه بكونه نفى
ان البيع اذا ثبت في حق الشفيع باقرار البائع يصح له ان يأخذ وان كذبه المشتري

عما اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك ترددا لبقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فانه مخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل بما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لان عرض الواهب المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية قال وتستقر بالاشهاد وللشفعة احوال الحق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقر اي وثوقها بالاشهاد وهو بعقد الطلب ولا بد من طلب المواثبة اي من طلب الشفعة على المسارعة اضاف الطلب الى المواثبة لتلبسه بها لانه اي الشفعة ذكر الضمير نظرا الى حق يبطل بالاعراض قال صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال ان قيدها ثبت وهي كناية عن سرعة السقوط وكلما هو كذلك لا بد من دليل يدل على انه اعرض عنه او دام عليه والاشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد وتملك بالاخذ اي لا يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري او بقضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله ويظهر فائدته هذا اي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت اخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله في الصورة الاولى يعني اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا تورث عنه وقوله في الثانية يعني اذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله في الثالثة يعني اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله ثم قوله يجب بعقد البيع يعني التأكيد

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم يثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته قال واذا علم الشفيع بالبيع كلامه ظاهر لا يحتاج الى بيان سوى الفاظ ننبه عليها طلب المواثبة سمي بها تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة قوله وهو ان يطلبها كما علم اي من غير توقف سواء كان عنده انسان او لم يكن وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل الباب لانه حق ضعيف وقوله والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط وقوله بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل لقروي بيع ارض بجنب ارضك فقال شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صحيحا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة واخذها بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا في الابتداء فكان كالسكوت والصحيح انه لا تبطل لانه انشاء عرفا ومنهم من قال ان قال اطلب واخذ بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكر المصنف قوله واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب ادب القاضي واراد باخواته المولى اذا اخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا وقوله بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده اي عند ابي حنيفة يعني ان المرأة اذا اخبرت

بان زوجها خيرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان المخبر او غيره بان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والا فلا لما ذكرنا انه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه احد شطري الشهادة وقوله او على المبتاع يعني المشتري او عند العقار قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار اما اذا سمع الشراء بحضرة احد هؤلاء وطلب طلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الاقرب من هذه الثلاثة وقصد الابعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان احدهم في مصر والآخران في مصر آخر او في رستاق فجعل المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا واستحسانا لتمكنه من هذا الطلب بالتمكن من الاشهاد عند حضرة هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته وقوله ولا يسقط بتأخير هذا الطلب يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم اجمعوا على انه اذا تركه لمرض او حبس او غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وان طالت المدة قوله وما ذكر من الفروع قال بعض ... محمد يعني ان الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفعته بتأخير هذا بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا تبطل وهو غائب لا تبطل وهو حاضر ونقل في النهاية عن الذخيرة اذا كان غائبا فعلم بالشراء فانه ينبغي ان يطلب طلب المواثبة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشتري او البائع او الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى احد هذه الاشياء ولم يطلب هذا الطلب او لم يبعث من يطلب فلا شفعة له قال واذا تقدم الشفيع هذا الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر قوله لاختلاف اسبابها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره او لا وربما ظن ما ليس بسبب سببا كالجار المقابل فانه سبب عند شريح اذا كان اقرب بابا فلا بد من البيان وقوله تمت دعواه قيل لم تتم بعد بل لا بد وان يساله القاضي هل قبض المشتري المبيع او لا لانه اذا لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يساله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء وكيف صنعت حين اخبرت به ليعلم ان المدة طالت او لا فان كان عند ابي يوسف ومحمد اذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وعند لا يبطل بطول المدة لانه ذكر ان الفتوى على قول ابي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير وقد تم بعد يساله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت او اخبرت ... يساله عن طلب التقرير فان قال طلبته من غير تأخير يساله عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم قد صحت دعواه فيقبل على المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فيحتمل ان يكون يد ملك واجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان اقام فقد ثبتت دعواه وان عجز استحلف المشتري بطلب الشفيع انه لا يعلم ان الشفيع مالك للذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على فعل غيره فان نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسئل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان اقر فذاك وان انكر قيل للشفيع اقم البينة فان اقامها فذاك وان عجز استحلف المشتري على انه ما اشتراه او ما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره هذا على الحاصل والاول على السبب

وذكرنا الاختلاف فيه يريد ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى قال ويجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي فإذا قضى القاضي لها لزمه احضار الثمن قال المصنف وهذا ظاهر رواية الأصل وفي بعض هذا رواية الأصل لأنه لم يصرح في الأصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضي بالشفعة من غير احضار الثمن لأنه قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن وعن [illegible] وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد أضر بنفسه عن اختيار فلا يشترط له ابطال ملك المشتري وإنما يشترط له باثبات ولاية حبس المبيع فأما المشتري ها هنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختياره ليكون أضر بنفسه قبل وصول الثمن إليه بل الشفيع يتملكه عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه وإنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بابطال الشفعة إذا ماطل في دفع الثمن ووجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما لم يجب عليه لا يشترط احضاره فلا بد من القضاء بها ليتمكن المشتري من المطالبة وإذا قضي له بالدار فللمشتري أن يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه فيه فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع إليه الثمن لا تبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لأن اليد له وهي يد مستحقة له أي معتبرة [illegible] ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وإنما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه لأن الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بحضرته ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا لا تؤتى ما لم يحضرا فقد بيناه وأما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع فلسماع البينة فلعلتين اشترك في أحدهما مع البائع وتفرد بالأخرى وأما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع عليهما فلا بد من حضور المقضي عليه بالقضاء بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت فإن حضور البائع إذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنبيا لم يبق له ملك ولا يد وأما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله وهو أن البيع في حق المشتري إذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ولما كان فسخ البيع هو العود على موضوعه بالنقض في المسألة لأن فسخ البيع إنما هو لأجل الشفعة ونقضه يفضي إلى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله ووجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الإضافة لأن قبض المشتري يفوت حق الأخذ للشفيع بالشفعة ممتنع وإذا كان ممتنعا فات الغرض من الشراء وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج إلى الفسخ لأن الأسباب شرعت لأحكامها لا لذاتها لكنه يبقى أصل البيع أعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجردا عن إضافته إلى ضمير المشتري لتعذر انفساخه لأنه لو انفسخ عاد إلى موضوعه بالنقض كما ذكرنا فتحصل البقية بتحويل الصفقة إلى الشفيع ويصير كأنه المشتري من البائع وهذا لأن الشفعة ثابتة بالشرع وثبوتها مع بقاء العقد كما كان ممتنع لعدم حصول المقصود فكان [illegible] من ضروراتها وهي تنفيذ

بقبضه من جانب المشتري فلا يتخطى إلى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم يتحول الدار من المشتري إلى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآه ولكن له ذلك كما سيأتي ولما كان له أن يرد الدار إذا اطلع على عيب والمشتري شراها على أن البائع بريء من كل عيب بها لكن له ذلك والجواب أن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وإنما تعتبر في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحولت الصفقة إلى الشفيع موجبة للسلامة نظرا إلى الأصل قوله فلهذا أي فلتحويل الصفقة إليه يرجع بالعهدة على البائع لأنه بايع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه الشفيع من يده حيث يكون العهدة عليه لأنه تم ملكه بالقبض قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم والمشتري إذا كان وكيلا ما لم يسلم المبيع إلى موكله قبل الخصومة وإلا فإن كان الثاني فهو الخصم للشفيع لأنه هو العاقد تتوجه عليه حقوق العقد والأخذ بالشفعة من حقوقه وإن كان الأول فالموكل هو الخصم لأنه لم يبق للوكيل يد ولا ملك وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل لأنه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه إلى الموكل كتسليم البائع إلى المشتري فإنه هو الخصم فكذا الموكل فإن قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا في الخصومة في الشفعة إذا كانت الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم أجاب المصنف بقوله إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل لكونه نائبا عنه فيكتفي بحضوره والبائع ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفي بحضوره قوله وكذلك إذا كان البائع وكيلا ظاهر وقوله وكذا إذا كان البائع وصيا يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي إذا كانت الورثة صغارا وقيد بقوله فيما يجوز بيعه احترازا عما لا يتغابن الناس في مثله فإن بيعه به لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فإن الوصي يبيع التركة إذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لأنهم متمكنون من النظر لأنفسهم وقوله وإذا قضي للشفيع بالدار إلى آخره ظاهر وقد ذكرناه أيضا والله أعلم

فصل في مسائل الخلاف

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الأصل شرع في مسائل الاختلاف بينهما فيه فصلا وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الشفيع والمشتري وإن كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما لما تساقطا من كل وجه لأن الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار بما قال من الثمن والمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخير الشفيع بين الترك والأخذ فإذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزا عن إقامة البينة كان القول للمشتري لأنه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لأنه لم يرد به نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه وإن أقاما البينة فهي للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي للمشتري لأنها أكثر إثباتا فصار كبينة البائع إذا اختلف

اي يعني بقول الوكيل اولا اشتريته بالف ويقول ثانيا اشتريته بالفين
اي الجمع بين بيع المشتري بين بيع العدو المالك القديم ١٢

هو والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة فالبينة للبايع وكبينة الوكيل بالبيع مع بينة الموكل
اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة المشتري من العدو مع المولى القديم اذا اختلفا في
ثمن العبد المأسور فانها للمشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة ولهما انه لا تنافي بين
البينتين في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين مرة بالف واخرى بالفين على ما شهدت به البينتان
وفسخ احدهما بالاخر لا يظهر في حق الشفيع لما كذلك جاز ان يجعل كانه وجد بيعين في حقه وله ان
يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البايع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ
الاول فالجمع بينهما غير ممكن فيصار الى الاعلى اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر
التوفيق وههنا هو ممكن ... الترجيح لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري فلا يمكن توالي
العقدين بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على انها ممنوعة على ما روى ابن سماعة
عن محمد ان البينة بينة الموكل لان الموكل يصير منه اقرار ... على ما يوجبه البينتان
فكان للوكيل ان يأخذ بايهما شاء واما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان
البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف ولئن سلمنا ان البينة بينة المشتري
فذلك باعتبار ان التوفيق متعذر لانه لا يصح البيع الثاني فههنا الا بفسخ الاول وهذا
طريقة ابي حنيفة في هذه المسئلة حكاها محمد واخذ بها وقوله لان بينة الشفيع ملزمة
لانها اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار باداء الشفيع بما ادعاه او هي الملزمة
منها اولى لانها وضعت للالزام وبينة المشتري غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على
الشفيع شيء لكنه يتخير بين ان يأخذ او يترك وغير الملزم منهما في مقابلة الملزم غير
معتبر طريقة اخرى حكاها ابو يوسف ولم يأخذ بها وعلى هذا وقعت التفرقة بينهما وبين
بينة البايع والمشتري والوكيل والموكل فان كل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا الى الترجيح
بالزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري من العدو لانها غير
ملزمة قال واذا ادعى المشتري اذا اختلف البايع والمشتري في الثمن فاما ان يكون
مقبوضا او غير مقبوض ويكون القبض ظاهرا يعني غير معلوم للشفيع فان كان الاول اخذها
الشفيع بما قال البايع وكان ذلك حطا عن المشتري ووجه المذكور في الكتاب واضح وقوله
ولان التمليك وجه اخر وانما كان التمليك على البايع بايجابه لانه لو لم يكن لا يثبت للشفيع
شيء الا ترى انه لو اقر بالبيع وانكر المشتري يثبت له حق الاخذ واذا كان كذلك كان القول
قوله وان كان اكثر وليس لهما بينة تحالفا وترادا بالحديث المذكور المعروف وايهما نكل
ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا فسخ القاضي البيع
بينهما على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع
وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم وان كان
مقبوضا اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لما ذكر في الكتاب وهو
ظاهر وان كان غير معلوم القبض فاما ان يقر البايع بالقبض او لا فان كان الثاني فلم يذكر
في الكتاب والظاهر ان حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول والفرض ان المشتري
يدعي اكثر مما يقول البايع والدار في يد المشتري فاما ان يقر اولا بمقدار الثمن ثم بالقبض او
بالعكس فان كان الاول بان قال بعت الدار منه بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بقول

اي بين بينتي الشفيع والمشتري
في انفساخ احدهما لظهر في حق المشتري
واقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العدو ولما فيها من اثبات الزيادة كفاية
لجواز ان يتحقق البيعان
اي حق الشفيع
في انه لا يظهر فسخ اي الجمع بين احدهما
اي عدم امكان العقدين بينهما الا بانفساخ الاول
اي بيع المشتري العبد كا المولى القديم
اي بهذه الطريقة وقع
ثمنا وادعى البايع اقل منه صح
اي مأخوذ ما قال البايع
في كون الكلام للبايع دون المشتري فيما لم يكن الثمن مقبوضا ١٢
مما ادعيه المشتري
اي في طلب الخصومة
في قوله لا يسمع القاضي بينة الشفيع لاحضره المشتري ١٢
وانما قال ان شاء لانه لم يجب على الشفيع ان يأخذ بما قال البايع ١٢
لان الفسخ يقع في حق الشفيع
لا دافع والبايع يفسخ العقد
الذي جرى بين البايع والمشتري بل اخذ الشفعة كفاية
اي ان كان غير معلوم القبض واقر البايع بمقدار الثمن اولا ثم اقر بالقبض ١٢

البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين
لا مبطلا لحقوقهم وان كان مقبوضا اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لما ذكر في
الكتاب وهو ظاهر وان كان غير معلوم القبض فاما ان يقر البايع بالقبض او لا فان كان الثاني
فلم يذكر في الكتاب والظاهر ان حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول والفرض ان المشتري
يدعي اكثر مما يقول البايع والدار في يد المشتري فاما ان يقر اولا بمقدار الثمن ثم بالقبض او بالعكس
فان كان الاول بان قال بعت الدار منه بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بقول البايع اي
بالف لانه اذا بدأ بالاقرار بالبيع مقدارا تعلقت الشفعة به اي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله قبضت
الثمن يريد اسقاط حق الشفيع المتعلق باقراره من الثمن لانه ان تحقق ذلك يبقى اجنبيا من
العقد اذ لا ملك له ولا يد واجنبيا كان فلا يأخذ بما يدعيه المدعي المشتري لما تقدم انفا ان الثمن
اذا كان مقبوضا اخذ بما قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع فيرد عليه قبضت وان كان
الثاني بان قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله ويأخذها بما قال المشتري لانه بالاقرار
بقبض الثمن خرج من البين فصار اجنبيا وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن وروى الحسن
عن ابي حنيفة ان المبيع اذا كان في يد البايع فاقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان التملك
يقع على البايع فيرجع الى قوله وهذا ظاهر لانه لا يصير اجنبيا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالكا والله تعالى اعلم
لا بقبض

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به
المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي
يؤديه الشفيع لان الشفيع الثمن تابع قال واذا حط البايع عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك
عن الشفيع وان حط الجميع لم يسقط عنه شيء لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع
وان حط الجميع لم يسقط عنه شيء لان حط البعض ملتحق لانه انما يأخذ بالثمن والثمن ما بقي وان حط
الجميع لم يسقط عنه شيء لان حط البعض ملتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما يأخذ بالثمن
والثمن ما بقي وان حط بعده رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل
العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما يأخذ بالثمن والثمن ما بقي وان حط بعده رجع الشفيع على المشتري
بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد لئلا يخرج العقد عن موضوعه وقد بيناه
في البيوع في فصل قبيل الربا وباقي كلامه ظاهر قوله ومن اشترى دارا بعرض اي بمتاع من ذوات القيم
كالعبد مثلا اخذها الشفيع بقيمته اي بقيمة العرض لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون
اخذها بمثله لانه من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما
تملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة ملكه به والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله
بالقدر الممكن يشير الى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن وفيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة
الا ترى ان الشفيع لو سلم شفعة الدار على ان يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعته

البيان
احتراز عن الثمن في حاله ولانه فيني الحكم عليه كفاية
في الاخذ بما قاله فيرد عليه كفاية
اي ان كان اقر البايع بقبض الثمن اولا ثم بمقدار الثمن فيما غير معلوم القبض ١٢
وقال اهل المدينة يأخذها بقيمة الدار دفعا للضرر عن المشتري بوصول قيمة ملكه اليه ولنا ان الشفيع يتملك بما يملك به المشتري والمثل نوعان مثل كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى كفاية
خط بعض الثمن والزيادة فيه يستويان في باب المرابحة دون الشفعة لان في المرابحة ليس الزيادة ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة ابطال حق ثبت للشفيع ... ذكر في الكتاب ان البايع اذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض صح
الالف القيمة بالحزر والظن
الحزر هو التقويم
الحزر
اي ان لم يكن له مثل صورة ملكه بما هو مثل من حيث المالية
العادل ... كفاية

الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالحزر والظن وهو مجهول ان مراعاة ذلك بعسر ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف
البيت فان اخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة وقوله وان باع عقارا بعقار ظاهر وجهه مما تقدم
وان باع بثمن مؤجل الى اجل معلوم فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ
حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا
شفعة فيه وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل عندنا وقال زفر رحمه الله له ذلك وهو قول الشافعي
القديم لان الاجل وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به اي بالثمن فياخذه باصله ووصفه
كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع فلا اجل
فيما بين الشفيع وبينهما وقوله وليس الرضا دليلا آخر وتقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها
مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع
لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم ولقائل ان يقول لما كان الرضا
شرطا وجب ان لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعا وحيث يثبت بدونه جاز
ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله وليس الاجل
وصف الثمن جواب عن قول زفر ووجهه ان وصف الشيء يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك لانه حق المشتري
والثمن حق البائع وقوله وصار كما اذا اشترى شيئا ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانعدام الرضا من
المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى اخر ما ذكره في اخر باب طلب الشفعة وقوله وان اخذها
من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الى اجله لكن يتوهم ان الشفيع تملكه ببيع جديد وهو
مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان
مقتضى الشرط ويبقى مع من يثبت الشرط في حقه قوله وان اختار الانتظار ظاهر وقوله كقول ابي يوسف
الاخر احترازا عن قوله الاول وروى ابن ابي مالك ان ابا يوسف كان يقول اولا كقولهما ثم رجع وقال
له ان ياخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب في الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه
على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل او بثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك
فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا اعراضا عن الاخذ ووجه قولهما وقوله
ان ما ذكره في الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به والشرط الطلب
عند ثبوت حق الشفعة ويجوز ان يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة وحق الشفعة
انما يثبت بالبيع ~~عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع~~ فيشترط
الطلب عند العلم به واما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب فيجوز ان يتاخر الى انقضاء الاجل قوله وهو متمكن
من الاخذ في الحال جواب عن قول ابي يوسف الاخر وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم
انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا باب واذا اشترى ذمي دارا
بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير ووجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذمي
احتراز عما اذا كان مرتدا فانه لا شفعة له سواء قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب ولا تورث
فان الشفعة لا تورث وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير قال المصنف اما الخنزير
فظاهر يعني لكونه من ذوات القيم واستشكل بان قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعشر العاشر
من قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر واجيب بان مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن
ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع الى
من اسلم من اهل الذمة او من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول

المشتري

بثمن موجل وبثمن حال

ملؤ الرجل اذا صار مليئا اي غنيا وثقة

القول الاول لابي يوسف

طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير

المشتري مثل ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن وكذا اذا اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة
انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر
ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه
ليس بشرط لبقاء الشفعة وبقية كلامه ظاهر

فصل آخر من هذا الكتاب

الاصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه او بفعل الغير عارض فكان
جديرا بالتاخير في فصل على حدة واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار
ان شاء اخذ الارض بالثمن الذي اشترى به المشتري وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه
وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك
وهو احد قولي الشافعي وله قول اخر وهو ان يقلع ويعطي قيمة البناء والغرس ~~[illegible]~~ وهو
~~[illegible]~~ ولابي يوسف انه محق في البناء لانه
بناه على انه ملكه والمحق لا يكلف قلعه لان التكليف بالقلع من احكام العدوان كما في ... كذلك
بالموهوب فانه اذا بنى الموهوب له ان يكلفه القلع ويرجع في الارض والمشتري شراء فاسدا اذا بنى
المشتري او زرع فانه لا يكلف قلع الزرع اتفاقا وهذا اي ما قلنا انه لا يكلف لان
في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض بتحمل الادنى
وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء الموجود مما يقابل بالزيادة وهي البناء والغرس فيصير المصير اليه
وجه ظاهر الرواية ان المشتري بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير لا يقدر على اشغاله من غير
تسليط من جهة من له الحق احترازا عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فان بناءهما حصل
بتسليط الواهب والبائع وهذا اي نقض البناء بحق الشفيع لان حقه اقوى من حق المشتري ويجوز
ان يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متاكدا لانه اي الشفيع يتقدم عليه اي على المشتري ولهذا ينقض
بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كالاجارة وجعله مسجدا او مقبرة فكذا ينقض تصرفه غرسا وبناء
بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيه تسليطا من جهته فلا ينقض
وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند ابي حنيفة لان عدم استرداد البائع
في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري انما هو قوله واما عندهما فللبائع حق الاسترداد بعد البناء
كالشفيع في ظاهر الرواية وقوله ولان حق الاسترداد معطوف على قوله لانه حصل فيه اي في الهبة والبيع
الفاسد ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق اي حق الشفعة يبقى ولا يلزم من عدم تكليف
القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي فيلغيه نظرا لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى
على مذهب ابي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية او لانه لما كان
ثابتا لكل ظاهر لم يعتبر واذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع
بمنزلة المستحق والمشتري ان بنى او غرس ثم استحق رجع المشتري بالثمن وقيمة البناء والغرس على
البائع دون المستحق فكذلك هاهنا وقوله والزرع يقلع جواب عن قوله وكما اذا زرع المشتري
ولم يجب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين لان قوله وهذا لان حقه اقوى من

اي الغصب

ابو يوسف

للبناء او الغرس

يتعلق بدفع اعلى الضررين

اي حق الاسترداد

حق المشتري يصير ذلك لان الترجيح بدفع اعلى الضررين بالاهون انما يكون بعد المساواة في اصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وقوله بالعرق يعني بناء المشتري في الدار المشفوعة وصبغها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين ان ياخذها ويعطي ما زاد فيها الصبغ وبين ان يتركها واجيب بانهما ايضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق ان النقض لا يتضرر به المشتري كثيرا لسلامة النقض له بخلاف الصبغ وقوله وان اخذ بالقيمة معطوف على مقدر دل عليه الخيار وتقريره الشفيع بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء اخذه بالقيمة وان كلفه فذاك وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس فاستحقت الارض رجع بالثمن لا غير اخذه من البائع او المشتري لانه تبين انه اخذه كان بغير حق وعن ابي يوسف انه يرجع بقيمة البناء والغرس ايضا لانه متملك على المشتري فنزل منزلة البائع والمشتري من المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك التبع والفرق على المشهور من الرواية ما ذكره ان المشتري مغرور ومسلط على البناء والغرس من جهة البائع ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار كلامه ظاهر والتامل يرشد الى انه في قول من قال انهم يخفى ليمتنا زعموا ان البناء اذا احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن وكانهم اعتبروا فعل الماء دون النار بعينه لكنه التامل وان منشأ الغرق ليس فعل الماء وانما منشأه وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا فات من غير صنع احد واما بعض الارض فليس بوصف لبعض اخر فلا بد من اسقاط حصته بما عرف من الثمن وقد مر في البيوع وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا فيبقى منقولا ولا شفعة فيه وقوله ومن ابتاع ظاهر وقوله بما كان مركبا فيه يعني مثل الابواب والسرر المركبة وقوله على ما عرف في ولد المبيعة يعني ان الجارية المبيعة اذا ولدت قبل قبض المشتري يسري حكم البيع الى الولد كسراية حكم الاصل الى التبع حتى يكون الولد ملكا للمشتري كالام وقوله في الفصلين يريد بهما اذا كان في النخل ثمر وقت الشراء ثم جذه المشتري وما اذا لم يكن ثم اثمر ثم جذه ثم جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال قال الشفعة واجبة اي ثابتة في العقار وهو ما له اصل من دار او ضيعة وان كان مما لا يقسم اي لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق التبعية فلا يؤخذ الضياع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحائط البستان واصله ما احاط به بسكون السين ونحوها في معنى العذق والاحجار الجوهري في الفتح وقال انما يسكن في ضرورة الشعر وقوله اذا لم يكن طريق العلو فيه لبيان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي

الشفعة اذا كان له طريق في السفل بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار وقوله والمسلم والذمي سواء فيها قال ابن ابي ليلى الشفعة حق شرعي فلا يستحقه من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا ان العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار فان ذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال فيتضرر في المال ويستوي الباغي والعادل والعبد والحر اذا كان ماذونا او مكاتبا فان كان البائع هو المولى فللعبد الماذون الشفعة مديونا كان او لا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المديون من المولى جائز دون غيره قال واذا ملك العقار بعوض هو مال قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار دون غيره ان يملك بعوض وهو مال لان مراعاة الشرع وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة في ذوات الامثال وقيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب اخر ولهذا لا تجب في الموهوب لانه لو اخذه اخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به المتملك وعلى هذا لا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة عليها او يستاجر بها دارا او غيرها او غير دار من عبد وحانوت او يصالح بها عن دم العمد او يعتق عليها عبدا لان الشفيع لا يقدر على تملك هذه الاشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به وكان تفريع هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه امكن مراعاة شرط الشرع الى اخره كافيا ولكنهم استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الى اخره استظهارا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل في التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق وان تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها اصلا وقوله على قول الشافعي يتاتى فيما اذا اخذ شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه اي ما يشابه به المهر كبدل الخلع والاجرة لانه لا شفعة عنده الا فيه حيث لا يرى شفعة الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام قوله ونحن نقول جواب عن جعله هذه الاعواض متقومة وتقريره ان تقوم هذه الاعواض اما ان يكون مطلقا او ضروريا والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة وقوله وكذا الدم والعتق غير متقوم لان تقومهما ابعد لانهما ليسا بمال فضلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله لان القيمة ما تقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا تحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق اسقاط وازالة والدم ليس الا حق الاستيفاء وليسا من جنس ما يقوم به ويتاخر وقوله وعلى هذا لبيان ان الفرض عند العقد وبعده سواء في كونهما مقابلا الا بالبضع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل او بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال ولو اعترض بان البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة في الشراء الفاسد واجيب بانه جائز ان يكون معلوما عندهما وبانه جهالته في الساقط لا يفضي الى المنازعة والمسئلة ما افضت الجهالة لو تزوجها على دار على ان يرد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار في شيء منها وقالا تجب في حصة الالف يقسم قيمة الدار على مهر المثل والالف درهم لانه مبادلة مالية في حصته اي في حق ما يخص الالف وابو حنيفة يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولو كان البيع فيه اصلا فيه لفسد

كما لو قال بعت منك هذه الدار بالف على ان تزوجني بنتك وقوله لان الشفعة دليل آخر وفيه اشارة
الى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة المالية واما ان يكون هي المقصودة فممنوع ووجهه ان كونها
مقصودة لا بد منه الا ترى ان المضارب اذا كان في رأس ماله الف فاتجر وربح الفا ثم اشترى بالالفين
دارا في جوار رب المال شراعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح
تبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب
وكيله في حصته وليس في بيع الوكيل شفعة على ما يجيء فكذا في حصة الربح وهو التبع قال او يصالح
عليها بانكار عطف العقد وهي قوله او يصالح عليها بانكار على قوله او يعتق عليها عبدا من الصور
التي لا تجب فيها الشفعة وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في بعض نسخ المختصر وكلامه ظاهر
وقوله اذا لم يكن من جنسه اي اذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لانه اذا كان من جنسه كان
اخذا لحقه فليس فيه معنى المعاوضة فلا تجب الشفعة قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا يعني في قوله
بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا الا ان يكون بعوض مشروط في العقد ولا بد من القبض فانه وهب
دار الرجل على ان يهب له الآخر الف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا ولا بد ان لا يكون الموهوب
ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بشرط العوض بيع انتهاء ومعاوضة
انتهاء بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فانه لا يثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض
ان كان دارا لان كل واحد منهما هبة مطلقة عن العوض الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع ولا شفعة
في البيع بشرط الخيار للبائع لانه يمنع زوال الملك عن البائع ويتعلق حق البائع يمنع عن الشفعة كما في
البيع الفاسد بل كان يمنع بقاء ملكه كان اولى فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن
الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله في
الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ انه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب قوله وان
اشترى بشرط الخيار ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله من قبل وتجب بعقد البيع الى ان قال والوجه
فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملكه الدار الى آخره قوله واذا اخذها اي اخذ الشفيع الدار
في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو
للمشتري دون الشفيع بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما اي لاحد المتعاقدين من البائع والمشتري فله
الاخذ بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها فان اخذها بالشفعة كان نقضا للبيع
لانه تقرير ملكه واقدام البائع على ما يقرر في مدة الخيار نقض للبيع لانه لو لم يجعل نقضا لكان اذا اجاز البيع
فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وليتبين انه اخذها بغير
حق وكذا اذا كان الخيار للمشتري وفيه اشكال وهو ما ذكره البخاري ان من اصل ابي حنيفة ان المشتري
بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة خيار الشرط والشفعة لا تستحق الا بالملك فكان تناقضا وقوله
اوضحناه في البيوع قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه
بالخيار فبيعت دار بجنبها الى آخره وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال لانها كانت في حق
السؤال لكن لانه لان الجواب يتضمن السؤال وقيل يعني في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان يكون اوضحه
في كفاية المنتهي ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لاجل خيار البائع لا لاجل خيار المشتري قوله
واذا اخذها يعني اخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الاخذ منه
اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع وقوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها ظاهر
وقوله واذا حضر شفيع الدار الاولى يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار له اي للشفيع

يأخذها

يأخذها دون الثانية وهي التي اخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى
حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا او كلامه واضح قوله ومن ابتاع
دارا شراء فاسدا تلويح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد
اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله الا ترى ان النصراني اذا اشترى
من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما او قبض الدار ولم يقبض الخمر فانه
يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا قوله وفي اثبات
حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز يعني الاخذ بالشفعة واعترض عليه بانه لم لا يجوز
ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع كما لم يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري فان الذي
اشتراها بشرط الخيار يثبت البيع في حقه بلا مفسد ليتصل الحقه ولا يلزم تقرير الفساد
في تقسيم يجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفساده فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد وما
يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسده واما
البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع
الصحيح جواب عما يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشتري كاحتمال
ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب ان المشتري في ذلك صار اخص بالبيع تصرفا حيث
تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة وفات حق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار
بجنب داره وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل ان الفسخ وان كان محتملا
فيهما لكن في الخيار المشتري يملك التصرف في الحال على وجه يزيل موجبه احتمالا باسقاطه
وفي الفاسد لا يملكه لانه ممنوع عن التصرف واعترض بانا لا نسلم انه ممنوع عن التصرف بل له
ان يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبائعه حق البعض وفيه تقرير الفساد ايضا واجيب بانا لا
نسلم ان له ذلك بل هو منهي وتدبير ثبت على المحظور من الاحكام كالوطء حالة الحيض فانه
يحلل المرأة على زوجها الاول وتقرير الفساد المأمور بنقضه من الشرع واري ان قوله
وفي حق الفسخ ثابت في الشرع لدفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع لكنه ليس
لدفع الفساد لكنه اتى بالسؤال والجواب اشارة الى ان الشفعة تستحق على المالك بملك
غير محظور وعلى من صار احق بالبيع تصرفا والمشتري بالخيار ان لم يكن مالكا فهو احق بالتصرف
والمشتري شراء فاسدا ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند
ابي حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها
وهي في يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو اي المشتري
شفيعها لان الملك له ثم ان لم يأخذ ذلك تقرير الفساد بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لانا
نقول المشتري بعد اخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة بالشراء الفاسد
لانا نقول المشتري بعد اخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسدا
مع علم الفساد في التي اخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبت الشفعة ثمة لانتقل الفاسد
الفاسد من المشتري الى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقريره فلا يجوز فان قيل الملك
وان كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة وهي المشتراة شراء فاسدا فان بقاء ذلك يمنع
الشفيع عن اخذ المشتراة بالشراء الفاسد اجيب بان ذلك مجرد تعلق حق الغير وهو لا يمنع
عن الشفعة كقيام المرتهن في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت

دار يجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ في تلك المسئلة لم يكن تجديدا لحق البائع في الاسترداد بل
مع لزوم تقرير الفساد ولا تقرير ههنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من نقض ما اشتراه بطريق
فاسد فان سلم البائع الدار المشفوعة بالبيع الفاسد الى المشتري قبل الحكم بالشفعة للبائع بطلت الشفعة
لزوال ما كان يستحقها به كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لانه بقاء ملكه فيما يستحق به الشفعة في ملك
الشفيع بعد الحكم ليس بشرط وان اشتراها اي الدار المشفوعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم
بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بالشفعة ولا
تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا وان اشتراها بعد الحكم بقيت
الثانية لما بينا ان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط قال واذا
قسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه
جبر القاضي والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة ولانها لو وجبت للقاسم لكونه
جارا بعد الافراز وهو متعذر واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري
بخيار رؤية او خيار شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد
الى قديم ملكه ولا فرق في هذا يعني فيما اذا كان الرد بالقضاء بين القبض وعدمه واما
اذا ردها بعيب بغير قضاء فاما ان يكون قبل القبض وبعده فان كان الاول فلا شفعة لانه
فسخ من الاصل ولهذا يتمكن من الرد بغير رضا صاحبه او بقضاء القاضي وان كان الثاني ففي
وهو مراد القدوري بقوله الشفعة على ما ذكر في الكتاب قال الشارحون قوله ومراده اي
مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض
قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف
الروايتين وما هو صحيح منهما فان رواية الكتاب معناها ولا شفعة في قسمة ولا في الرد
بخيار الرؤية لما ذكرنا انه فسخ من الاصل واما رواية الفتح فقد اثبتها الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية في القسمة لانه لو رده فهو متمكن
من طلب القسمة في ساعته لم يكن في الرد فائدة وفيه نظر سيجيء وانكرها شيخ الاسلام ومن
تابعه كالصدر الشهيد وصاحب الهداية هذه الرواية كما ذكر في الكتاب والامام قاضيخان
في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلا او موزونا من جنس
واحد لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون عين
ما وقع في الاولى او مثله ولا فائدة فيه فاما اذا كانت عقارا او غيرها فانهم اذا اقتسموا ثانيا ربما
يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا

باب ما تبطل به الشفعة

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان ووجهه اعلم ان تسليم الشفعة اسقاط حق
ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط لانه تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من
غير قبول تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة او لم يعلم وعلم من

اسقط الله هذا الحق او لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد
بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق
قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم يعني طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بطلت
شفعته ولنا فسرنا بذلك فلا يرد ما ذكرنا هنا الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في
شيء لا يبطله وبعضهم قال المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب الشهيد في مجلسه ذلك
على المطالبة طلب المواثبة وقوله هنا لاعراضه عن الطلب وهذا يغني الشارح عن القدرة
حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته وكذا ان طلب المواثبة وترك طلب
التقرير والاشهاد على ما اوضحه فيما تقدم وان صالح عن شفعته على عوض
بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في
المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض
فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان
يعلق اسقاطه بشيء فيه ذكر المال كقول الشفيع للمشتري سلمت شفعة هذه الدار
ان اجرتنيها واعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال اولى والفاصل بين الملائم
وغيره ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتولية
ونحوها فهو ملائم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد
بطل الشرط وصح الاسقاط فلا يصح الاعتياض لا به ولا بقول
ثبت بالدليل الاول وصح الاسقاط ولا وقوله على اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار
يصح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على نصف الدار
بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لعدم الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه
من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لعدم
الاعراض قوله وكذا لو باع شفعته يعني انها تبطل لما بينا ان حق الشفعة بحق القصاص
والطلاق والعتاق في كونها غير اموال والاعتياض عنها صحيح اجاب بقوله بخلاف القصاص
لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره انما يتعين بالصلح عما كان قبله فهو متقرر
واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص
وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقررا وبخلاف الطلاق والعتاق لانه
اعتياض عن ملكه في المحل ونظيره اي نظير ما قال الزوج المخيرة اختاريني بالف او قال العنين
لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت الزوج والعنين ترك الفسخ سقط
الخيار ولا يثبت العوض لانه ما لك بعد اختيارها وبعده على وجه واحد
فكان اخذ العوض اكلا لمال بالباطل وهو لا يجوز والكفالة بالنفس في هذا اي في
بطلان الكفالة والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة
والصلح من رواية ابي حفص وقيل وعليه الفتوى ووجهه ان حق الكفيل في الطلب
وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه وفي رواية كتاب الصلح من رواية ابي سليمان
لا تبطل الكفالة ولا يجب المال والفرق بينها وبين الشفعة ان الكفالة لا تسقط الا بتمام
الرضا ولهذا لا تسقط بالسكوت وتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال واما حق الشفعة
فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية اي رواية ابي سليمان

فيما اذا كان الشفيع غائبا او كان قيمة المشفوعة يوم الخصومة اكثر مما اشتراه فلا يتمكن الخصماء ان يبيع لتقدم حق الشفيع ١٢

في الكفالة تكون رواية في الشفعة ايضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال
وقيل اي هذه الرواية المذكورة في الكفالة خاصة يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال ولا
يجب المال وتبطل الشفعة بالصلح على مال وقد عرف في موضعه في المبسوط ف واذا مات
الشفيع اذا طلب الشفيع الشفعة واثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته
قبل قضاء القاضي بالشفعة او تسليم المشتري اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته
فليس لورثته ان ياخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك وقال الشافعي في الاول كالثاني بناء على
اصله ان الحقوق اللازمة تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها او لم تكن لان الوارث
يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذي
يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه
الى وقت القضاء ولهذا لو ازاله باختياره بان باع سقط فهذا اولى الاختلاف في خيار الشرط
في ان الثابت للشفيع حق ان يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم تبطل
الشفعة لبقاء المستحق ولا يباع الدار في دين المشتري ووصيته على حق الشفيع لان حق
الشفيع متقدم على حق المشتري فيما تقدم متقدما على حق من يثبت حقه من جهته ايضا
وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي او وصيه في دين الميت فللشفيع ان ينقضه
كما لو باعها المشتري في حياته لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقض لان قضاءه
بخلاف الاجماع للاجماع على ان للشفيع ان ينقض تصرف المشتري فلا يكون نافذا واذا باع
الشفيع ما يشفع به قبل القضاء بها فاما ان يكون باتا او بالخيار له فان كان الاول بطلت
شفعته لزوال السبب مطلقا سواء علم الشفيع بشراء المشفوعة او لا لان
العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا او ابرا عن الدين ولا يعلم ان
الدين عليه وطولب بالفرق بينهما وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري او استاجرها
مستاجرا عالما بالشراء سقطت والا فلا واجيب بان المساومة والاجارة لم يوضعا للتسليم
وانما تسقط بالدلالة على رضى الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم
الصريح والابراء ورد بان بيع ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط
يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل شفعته
لان الخيار يمنع الزوال فبقي الاتصال قال و وكيل البايع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة
له وكذا الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع او بيع له كرب المال اذا
باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له كوكيل
المشتري او اشتري له كالموكل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب ان الاول يسعى في نقض ما
تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لان الاخذ بالشفعة كالشراء في كونه رغبة في المشفوعة
والشفعة انما تبطل بالرغبة عنها وكذا اي كوكيل البايع لو ضمن للمشتري الدرك عن
البايع وهو الشفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري
الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا في نقض ما تم من جهته وكذا اذا باع وشرط الخيار
لغيره الى اخره واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باقل منها او
بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته اما في الاول فلانه
انما سلم استكثارا للثمن المذكور فاذا ظهر اقل من ذلك بطل تسليمه قال في النهاية كانه

قال سلمت ان كان الثمن الفا او اراد انه تسليم مشروط بشرط فينتفي بانتفاء شرطه وفيه نظر
سياتي بخلاف ما اذا ظهر اكثر من الالف فانه لما استكثر الالف كان اشد استكثارا للاكثر فكان
التسليم صحيحا واما في الثاني فلانه انما سلم لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به
اذ الجنس مختلف قال في النهاية تعليله بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها
اقل مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وتكلف لذلك كثيرا وهو تعليل بالاولى
فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل كان اولى
وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب لكونه في معنى المكيل بخلاف ما اذا علم انها
بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فصار كما اذا قيل
بيعت بالف فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك ولو كان قيمته اقل من ذلك لم يصح التسليم واذا ظهر
انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر فلا شفعة له وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف
الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا انهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة
احدهما بالاخر متيسرة عادة واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين
انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار فالرضى بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره قال
محمد رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها وقد اشتريتها
لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة
اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يرتد الا بعد وجوده وهذا كما ترى يناقض
قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى وقوله في ظاهر
الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع
وقد يكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع

فصل في هذا الكتاب

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال ذكر العلل التي يتوصل بها الى ذلك في هذا الفصل الاحتيال
ان يكون الجار فاسقا يتاذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل
هذا فاخترع الحيلة لانه ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانقطاع الجوار وقوله لان المشتري
في الثاني شريك لا يتحدين اشترى البايع كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفيع
الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على
الجار وقوله فان ارادا الحيلة هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفيع في الشفعة والاولى
ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله الا انه اذا استحقت المشفوعة استثناء من قوله وهذه اخرى
يعني انها حيلة عامة الا ان فيها وهم وقوع الضرر على البايع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار
لانه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بايع الدار فيتضرر به اي برجوع مشتري الدار عليه
بكل الثمن الذي هو اضعاف قيمة الدار وقوله والاوجه الى اخره تقرير لما اذا اراد ان يبيع الدار

بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة
دنانير فلو أراد الشفيع أن يأخذها أخذها فلا يرغب في الشفعة ولو استحقت الدار
على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وإنما يرجع بما أعطاه لأنه إذا استحقت الدار
ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على
البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف وقوله ولا تكره الحيلة أي لا تكره
الحيلة في هذا الباب إما أن يكون للرفع بعد الوجوب أو للدفع فالأول مثل أن يقول
المشتري للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه
بالإجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد
وهو الذي ذكره في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال
لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة

مسائل منثورة

ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك لم يذكر محمد في الجامع الصغير من
مسائل الشفعة إلا هذه وألفاظه ظاهرة سوى ما ننبه عليه قوله فيتضرر به أي بتفريق
الصفقة عليه وزيادة الضرر زيادة ضرر التشقيص فإن أخذ المكان منه ضرر وضرر
التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر
به الدخيل ضررا زائدا وقوله ولا فرق في هذا أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين
بين ما إذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعده وقوله هو الصحيح احتراز عما رواه القدوري
قال لو روي عنهم أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض
لأن الثمن حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه وقوله بمنزلة أحد المشتريين إذا نقد
عليه من الثمن لشريكه أنه لا يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن
لئلا يلزم تفريق اليد على البائع وقوله لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن حتى لو تفرقت
الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد
منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ أحدهما وإن لحق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه
رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في
كتاب البيوع ومن اشترى نصف دار غير مقسومة فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف
الذي صار للمشتري أو تركه وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للمشتري ادفع إلى البائع
حتى آخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل
الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض ليعيد الدار إلى البائع
وإن كان له فيه نفع بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع
أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه فإن للشفيع

نقضه

نقضه لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم فإنه لم يجر بين المتعاقدين فلم يكن القسمة من تمام القبض
الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فكان هنا دلالة وللشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها
من التصرفات كالهبة والإجارة في الكتاب أي في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفيع النصف
الذي صار للمشتري يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو رواية
عن أبي يوسف والثاني ظاهر قال وتسليم الأب والوصي الشفعة قد ذكرنا أن الحمل والصغير
في استحقاق الشفعة كالكبير لأنهما أي الشفعة فيقوم بالطلب والأخذ من يقوم مقامه
شرعا في استيفاء حقوقه وهو الأب ثم وصيه ثم الجد أب الأب ثم وصيه ثم الوصي الذي
نصبه القاضي فإن لم يكن أحد هؤلاء فهو على شفعته إذا أدرك فإن ترك هؤلاء الطلب مع الإمكان
أو سلم بعد الطلب تسقط عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله هو
على شفعته إذا بلغ قال الشارح وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة
عند أبي حنيفة إذا كان في مجلس القاضي لأن الوكيل بطلب قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها
مجلس القاضي وعند أبي يوسف فيه وفي غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر لا يصح
منه التسليم أصلا وهو الصحيح احتراز عما روي عن محمد مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة
خلافا لأبي يوسف لمحمد وزفر رحمهما الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله وفي بعض النسخ لأنه
والأول يناسب ما قرره وهو قوله ويتردد في رواية المبسوط لأنه قال لا يملكان إبطاله كالديون والعفو
عن القصاص الواجب له ولأنه شرع لدفع الضرر وفي إبطاله إضرار به ولأبي حنيفة وأبي يوسف في معنى
التجارة لأنه عامل العقد فيملكانه كما إذا أوجب البيع لغيرهما الشفعة ثم باعها من بائعه جاز وكذا إذا
علما أنه بالأولى السلامة عن تبعة العهدة بخلاف البيع منه ووضحه بقوله ألا ترى وهو واضح وقوله
ولأنه يرد دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود لأن النظر في هذا قد يكون في تركه ليبقى الثمن على
ملكه بخلاف الدية والقود فإن تركهما ترك بلا عوض فيكون إضرارا به وقوله وسكوتهما كإبطالهما
لما كان ما ذكر من الدليل مختصا بالتسليم أردفه بقوله وسكوتهما كإبطالهما ~~لما كان ما ذكر من~~
~~الدليل مختصا بالتسليم أردفه بقوله وسكوتهما كإبطالهما لكونه~~ دليل الإعراض وهذا إذا بيعت بمثل
قيمتها والغبن اليسير من المثل فإن بيعت بأكثر من قيمتها بغبن فاحش فقيل جاز التسليم بالإجماع لأنه يتمحض
من غير ولاية في المحاورة لأنه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق وهو الأصح لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك
التسليم كالأجنبي فيكون الصبي على شفعته إذا بلغ وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن أبي
حنيفة لا يصح التسليم منهما وإذا لم يصح عنده لم يصح عند محمد وزفر أيضا لأنهما لم يريا تسليمهما إذا
بيعت بمثل الثمن فلأن لا يريا إذا بيعت بأقل بمحاباة كثيرة أولى فإنما خص قول أبي حنيفة بالذكر لأن المحاباة
الكثيرة لا يخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولعل ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير فالأصح
التسليم في هذا لأن تصرفهما في ماله إنما يكون بالتي هي أحسن وليس تركها هاهنا كذلك ولهذا المعنى
أيضا خص قول أبي يوسف بقوله ولا رواية عن قول أبي يوسف لأنه لما كان مع أبي حنيفة في صحة
التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها

كتاب القسمة

أورد القسمة عقيب الشفعة لأن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع فإن أحد الشريكين إذا أراد
الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه باع فوجب عنه الشفعة وقدم الشفعة لأن بقاء
كان أصلا وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع
في مكان معين وسببها طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها ما يحصل به الإفراز
والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات
والعد في المعدودات وشرطها أن لا يفوت منفعته بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وهي
مشروعة في الأعيان المشتركة لأن النبي صلى الله عليه وسلم باشرها في المغانم والمواريث وجرى
ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير لا تعرى عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الأمثال أو في
لأن ما يجتمع لأحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بإزائه في حصة نصيب
صاحبه تعين هذا كانت القسمة مبادلة وإفرازا والمعنى من الإفراز هو أن بعضه بعين حقه
والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت فكان كلما أخذ أحدهما من نصيبه
مثل ما ترك عليه بيقين بمنزلة أخذ العين ألا ترى أن أخذ المثل في القرض جعل كأخذ العين وجعل
القرض لذلك بمنزلة العارية وتمكن الإفراز فيها أظهر لا محالة ولهذا كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال
غيبة صاحبه ولو اشترياه ثم اقتسماه جاز لأحدهما أن يبيع نصيبه بنصف الثمن ومعنى المبادلة
هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه
فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس مثل ما
ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما فلما اشتملت على المعنيين كان معنى المبادلة
هو الظاهر في الحيوانات والعروض فلما أجري الإجبار على القسمة في ذلك أجاب بقوله إلا أنها إذا كانت من
جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد
ولأن منافاة بين الجبر والمبادلة لأنها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فإن المديون يجبر على القضاء والديون
تقضى بأمثالها فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة فقيل وقد جاز فلا يجوز إلا في
الثمن أولى وهذا لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن
الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار
على عوض وإن كانت من أجناس مختلفة كالغنم والبقر والإبل لا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المعادلة
باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالبيع
شرطا بالنقد قال وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما ظاهره مما يثبته عليه قوله لأنه أرفق للناس وأبعد عن التهمة
لأنه متى يصل إليه أجر عمله على الآحاد الأعيان لأخذ الرشوة إلى البعض وتجوز للقاضي أن يقسم بنفسه
ويأخذ على ذلك من المتقاسمين أجرا لكن الأولى أن لا يأخذ وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة
حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وإنما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة إلا أن لها شبها بالقضاء
من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء فإن الأجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث إنها ليست بقضاء جاز أخذ
الأجر عليها ومن حيث إنها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ وقوله عدلا أمينا وذكر الأمانة بعد العدالة
وإن كانت من لوازمها جوازا أن لا يكون العدل ظاهر الأمانة وقوله ولو اصطلحوا فاقتسموا يعني من غير رفع الأمر
إلى الحاكم بل اقتسموا بأنفسهم بالتراضي فهو جائز لأن في القسمة معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في
سائر المعاوضات وقوله كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة يعني إذا استأجروا الكيال ليكيل
فيما هو مشترك بينهم فالأجرة على قدر الأنصباء وكذلك الوزان والحافر وقوله لأن الأجر مقابل بالتمييز وأنه

كالقدوة

ثم هي لا تعرى

فأخذ مثل الحق بيقين صح

كالتجارة والمرافقة بالتجارة
شرطا بالنقد بيان
أن ينصب قاسما

لا يتفاوت

لا يتفاوت وتحقيقه أن القاسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشي على الحدود لأنه لو
استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم بنفسه فدل على أن الأجر في مقابلة القسمة
وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل لأن الحساب يتفاوت الأنصباء وتزداد دقته بقلة الأنصباء
فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أشق ويجوز أن يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكثرة
كسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم بأصل التمييز بخلاف حفر البئر
لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله وإن لم يكن للقسمة بأن اشتريا مكيلا أو موزونا
وأمرا إنسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر فالأجر بقدر الأنصباء وهو العذر لإطلاق على بعض
يعني لو أطلق أبو حنيفة في الجواب وقال الأجر على الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا فالعذر
لمنع ذلك هو التفاوت لأن عمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب فالأجر بقدر العمل بخلاف
القسام فإنه قد ينعكس كما تقدم وقوله ولا يفصل تأكيد وبيان وقوله وعنه أي عن أبي حنيفة أن
الأجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال وإذا حضر الشركاء
عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وطلبوا قسمته فإما أن يكون عقارا أو غيره فإن كان عقارا فإما
أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكتوا عن كيفية الانتقال إليهم فإن كان الأول لم يقسمه القاضي
حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة وقالا يقسمه باعترافهم وإن كان الثاني
قسمه بينهم بالاتفاق وإن كان الثالث قسمه بينهم على ما يذكر وإن كان غير عقار وادعوا أنه ميراث
قسمه في قولهم جميعا لهما أن الامتناع عن القسمة إنما يكون لشبهة في الملك أو لتهمة في دعواه أو
المانع للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك بمتحقق لأن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق والغرض
عدم المنازع فيقسم بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وطلب البينة لنفي الأدهم
لأنها لا تكون حجة على منكر ولا منكر ههنا فلا يفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أي في الصك الذي
يكتبه القاضي أنه قسمه باعترافهم لئلا يكون حكما متعديا إلى غيرهم ولأبي حنيفة أن القسمة
قضاء على الميت إذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها
ويقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة حتى قالوا إذا أوصى بجاريته لإنسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية
فيها بقدر الثلث كأنهما بخلاف ما بعد القسمة فإن الزيادة للموصى له فدل على أن التركة مبقاة على
ملك الميت وإذا كانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي إما إقرار الورثة أو بينتهم وإقرارهم
ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد وذلك لأن بعض
الورثة ينتصب خصما بالنصب لحد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه فإن قيل كل واحد منهما مقر
بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعي عليه أجاب بقوله ولا يمتنع ذلك أي كونه خصما بسبب
إقراره لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصما كما في الوارث أو الوصي المقر بالديون فإنهما يقضى عليهما
بالبينة بديون الميت وإن كانا مقرين بهما وهذا لأن المدعي يحتاج إلى إثبات الدين في حقهم وحق
غيرهم لأنه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له بإقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج
إلى إقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك إلا بالبينة وقوله
بخلاف المنقول جواب عن قولهما كما في المنقول الموروث وهو على وجهين أحدهما قوله لأن في القسمة نظرا
للآخر والثاني أن المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة ففي القسمة جعله مضمونا
وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند أبي حنيفة فإنه لا يصير مضمونا على من وقع في يده وقوله بخلاف
جواب عن قولهما والعقار المشترى على ظاهر الرواية فقد روي عن أبي حنيفة في غير الأصول

أو المانع للمدعي

من جهته

كلا منهما

أن القاضي لا يقسمه بينهم ويسوي بين الشراء والميراث رحمه الله في ظاهر ما ذكره في الكتاب لأن المبيع بعد
العقد لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم يكن القسمة قضاء على الغير قوله وإن ادعوا الملك هذا هو
القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله هذا يعني القسمة فيما بينهم من غير
إقامة البينة رواية كتاب القسمة وأما لفظ الجامع الصغير لا يقسمه حتى يقيموا
البينة على الملك لاحتمال أن يكون لغيرهما إذ ليس مما ملكا لغيرهما فإنهما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون
ملكا للغير وأن يكون مشتركا فيكون ملكا لهما لأن الإشكال أن يكون الاحتمال في يد ما لا كما فلا يقسم
احتياطا وقيل هذا قول أبي حنيفة خاصة وعندهما يقسم بينهم كما يقسم في الميراث بلا بينة
فيجعل قولين ويحمل قول الكل وهو الأصح لأن القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة
لحق اليد لأجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج إليه وتتعين قسمة الملك وقسمة الملك
مفتقرة إلى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز قال وإن حضر وارثان وأقاما البينة
على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمه القاضي بطلب الحاضرين وينصب
وكيلا يقبض نصيب الغائب قيل قوله في أيديهم ومعهم وارث وقع سهوا من الناسخ والصحيح في
أيديهما لا محالة لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وإن كان
العقار في يد الوارث الغائب أو شيئا منه لم يقسم وأجيب بأنه أطلق الجمع وأراد المثنى بقرينة
قوله وارثان وأقاما البينة وكذا الوكالة إن كان الغائب صبيا يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه
لأن فيه نظرا للغائب والصبي لظهور نصيبهما ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة
يعني فيما إذا كان معهما صبي عند أبي حنيفة كما إذا كان معهما غائب خلافا لهما كما ذكرنا من قبل يريد
به قوله لا يقسمه القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال
صاحباه يقسمها باعترافهم ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم وإن أقاموا البينة
على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح قوله ويصير مغرورا بشراء المورث صورته اشترى المورث
جارية وماتت واستولدها الوارث في هذا الفصل من إقامة البينة وعدمها يعني فيما إذا كان
العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه وقوله كما أطلق في الكتاب يعني به قوله لم يقسم من غير
الإنكار إقامة البينة قوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في المبسوط أنه إن كان شيء من العقار في يد
الصغير أو الغائب يقسمها بإقرار الحضور حتى يقوم البينة على أصل الميراث لأن في هذه القسمة
قضاء على الغائب والصغير بإخراج شيء مما كان في يده وإن حضر وارث لم يقسم وإن أقام البينة
لأنه لا بد من حضور خصمين فالحاضر إن كان خصما عن نفسه للبينة خصم عن الميت وعن الغائب وإن كان
خصما عنهما فما ثمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين والمسألة بحالها ظاهرة

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وإلى ما لا يقسم بينهما في فصل وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه
إذا طلب أحد الشركاء القسمة فإما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أو لا ينتفع منهم أحد فإن كان الأول
يقسم القاضي بطلب أحدهم جبرا على الآخر لأن القسمة حق لازم فيما تحتملها عند طلب الخصم على ما بينا يريد به

جبرا على من أباها

قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب
المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره وإن كان الثاني فإن طلب صاحب
الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الجصاص على قلب هذا
وهو أنه إن طلب صاحب القليل القسمة وأبى صاحب الكثير قسم ووجهه ظاهر وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب
القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين ودليل الجصاص
دليل الجانب الآخر والأصح هو المذكور في الكتاب أي القدوري وهو الأول لأن رضى صاحب القليل
بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وإنما الملزم طلبه الإنصاف من القاضي وإيصاله إلى المنفعة
وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل وإن كان الثالث بأن كان المشترك بينهما صغيرا لا يستضر كل منهما
بالقسمة وطلب أحدهما القسمة لم يقسمها إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها
ويجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض إذا كانت
من صنف واحد كالثياب مثلا يعني يجبر على ذلك لأن في التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لأن
عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها
في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر
القاضي وقوله ويقسم القاضي كل مكيل وموزون ظاهر وقوله ولا يقسم شاة وبعيرا يعني لا يقسم جبرا
في هذه الأشياء قسمة جمع بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة
بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والأواني المتخذة من أصل
واحد كالإجانة والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك
الأثواب المتخذة من القطن والكتان إذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص ويقسم
الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر بسبب القطع لأن فيه إتلاف
جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فإن رضيا بذلك قسمه بينهما ولا ثوبين إذا اختلفا
قيمتهما لما بينا يعني مما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة أن
التعديل بينهما لا يكون إلا بزيادة دراهم مع الأكثر والدراهم لم تكن مشتركة وتعلقها القسمة فكان
معاوضة بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوبا بثوبين يعني إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة
الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطي أحدهما ثوبا والآخر ثوبين وكذا إلى
استقام أن يجعل أحد القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثلاثة أرباع ثوب فإنه يقسم بينهم ويترك الثوب
الثالث مشتركا بينهما على تلك الوجه لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز لأنه تتيسر عليه التمييز
في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض وما فيه معاوضة
يحتاج إلى التراضي وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر الرقيق إذا كان بين اثنين وطلب أحدهما
القسمة فلا يخلو إما أن يكون مع الرقيق شيء آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب أو لا يكون
فإن كان يصح القسمة في قولهم جميعا على الأظهر أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق
أصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة وقد يثبت الحكم للشيء تبعا وإن لم يثبت قصدا كالشرب في
البيع والمنقول في الوقف وإن لم يكن فإن كانوا ذكورا أو إناثا لا يقسم إلا برضاهما وإن كانوا ذكورا وإناثا
لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبر على ذلك وقال صاحباه يجبر على القسمة لاتحاد
الجنس كما في الإبل والغنم والرقيق المغنم ولأبي حنيفة أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني

الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم للفروسية ونحو ذلك فمتى نصيب جميع كل واحد منهم في واحد فاته سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة واما الاختلاف الحيوانات لان التفاوت يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان ومن سائر الحيوان جنس واحد بخلاف المغانم حيث يعني قولهما ورقيق المغنم وذلك لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا قال فان قيل لو تزوج او خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك اجيب بان القسمة تحتاج الى الافراز ولا يتحقق في القسمة كذلك بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج اليه قوله واما الجواهر الى اخره واضح قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل واحد منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر باحدهما فلا يقسم الا بالتراضي ومن المشايخ من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم يتصيب متلفا لكن لو اقتسما لم يمنعهما على ذلك وكلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر في اول هذا الفصل بقوله ولان كل واحد يستضر بصغره لم يقسمها الا برضاهما قوله واذا كانت دور مشتركة ههنا لانه قال الدور والبيوت والمنازل فالدور متلاصقة كانت او متفرقة لا يقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتفاوتها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا سواء كانت في محال او في دار واحدة بعضها في ادناها وبعضها في اقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت في الدور في فشابه البيت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا ان كانت في امكنة متفرقة لا يقسم قسمة واحدة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك وقوله عليهما مر بعضه في باب الحقوق من كتاب البيوع قوله وان كانت دار وضيعة او دار وحانوت الى اخره واضح الا انه ذكره اعاخص الخصاف بالذكر لان هذه المسألة لم تذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي والكرخي وقوله ان اجارة منافع الدار بالحانوت اي بمنافع الحانوت لانه لو جعل نفس الحانوت اجرة المنافع الدار صح وقوله او تنحي حرمة الربوا منا كه اي في اجارة الاصل على شبهة المجانسة يعني ان كانت منافع والحانوت لاتحاد اصل السكنى والمقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني ان يكون في المسألة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه اخر في التوجيه انه يريد باتحاد الجنس الاختلاف من حيث الذات فلا يحتمل القسمة الواحدة باعتبار الاتحاد في المنفعة وهو السكنى فتمتنع الاجارة لشبهة الربوا والله تعالى اعلم

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فتستدعي وجود اصل القسمة الذي هو الموصوف قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه اي يكتب على كاغذة ان فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليمكنه حفظه ان اراد رفع تلك الكاغذة الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الاخرة اذ البناء يقسم على حدة فربما يقع في نصيب احدهم بني منه فيكون له ما بقيمته ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه ان امكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث الى ان تنتهي الاسهام ويكتب اسامهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله الجزء الاول قال الامام جمال الدين صورته ارض بين جماعة لاحدهم سدس ولاخر ثلثها ولاخر نصفها يجعلها ستة اسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم الاول فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فالاول فله الجزء الاول والذي يليانه قوله وقوله في الكتاب واضح وقوله والقرعة لتطييب القلوب جواب الاستحسان والقياس يأباها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم يجوزها علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة ولكن تركناه ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس في معنى القمار لان اصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه وانما ما يحق فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب كان مستحقا لانه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا ترى ان النبي عليه الصلاة والسلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه بعلة بكونه احق بها لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم قال ولا يدخل في القسمة الدراهم جماعة في ايديهم عقار فطلبوا قسمته وفي احد الجانبين فضل فاراد احدهم ان يكون عوض الفضل دراهم واخر لم يرض بذلك لم يدخل الدراهم في القسمة وان تراضوا ادخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان احدهم يصل الى عين العقار ودراهم الاخر في ذمته وقد لا يصل اليه فليس بين ما يصل الرجل اليه في الحال وما لا يصل معادلة فلا يقسم الا عند الضرورة وهذا ذهب ابو يوسف فيما اذا كان ارض وبناء الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وابو حنيفة الى ان الارض يقسم بالمساحة لانها الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فان بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بان كان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحققت في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل لانه قال في الكتاب قسم الدار مزارعة ويجعل لاحدهما على الاخر فضلا من الدراهم وعنهما كذا في بعض الشروح قوله فان قسم بينهم يعني ان قسم القاسم الدار المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الماء في نصيب الاخر او طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك في القسمة او لم يكن لانه امكن تحقيق معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير ضرر بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الاخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا يدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا اشترطت فيه دخلت لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق فلا تدخل الا بالشرط وان لم يمكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة اولا فان كان الثاني

ضمنا للقسمة لانها تحمل بالمانع من الضرر ولبقاء الاختلاط فتستانف وهذا بخلاف البيع ونحوه لان البائع
ذكر الاوصاف رضا ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم تذكر الحقوق فانه لا يفسد لان
المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال كما لو اشترى جحشا صغيرا واما القسمة
فانها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق وانما دخل في الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة
وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل فيه ومعنى الافراز وذلك بانقطاع
التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقريره ان القسمة تكميلا وافرازا والحقوق
بالنظر الى التكميل تدخل وان لم يذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها ينافي الافراز
فقلنا يدخل عند التنصيص ولا يدخل عند عدمه اعمالا للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث
يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل
من غير ذكر ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن القسمة فقال بعضهم لا ندع طريقا مشتركا
بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع ينظر القاضي في ذلك ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه
في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعة لتحقق الافراز بالكلية دونه اي دون رفع الطريق
وان كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في
مقداره اي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم يجعل سعة الطريق اكثر من عرض الباب
الاعظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم يجعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة تندفع
به فلا فائدة في جعله اعرض من ذلك وفائدة تقديرهما في طول الباب من الاعلى هي ان احد الشركاء ان
اراد ان يخرج جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب
مقسوم بينهم فكان بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله
مشترك بينهم فكان بانيا على الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان المقسوم ارضا
يرفع من الطريق مقدار ما يمر فيه ثور واحد لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما يمر به
ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه مما لا يحتاج اليه دائما يحتاج الى العجلة فيؤدي الى ما لا
يتناهى كذا في النهاية وبقية كلامه واضحة قال واذا كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له اي
يكون علو مشتركا بينهما وسفله لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة او في دارين
لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة واما قبل ذلك فلا يقال تقسيم العلو مع
السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة اذا طلب كل على الانفراد
اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال ابو حنيفة وابو يوسف تقسم بالذرع لان الاصل في القسمة
في المذروع لكون الشركة فيه لا في القيمة وقال محمد يقسم بالقيمة فان كانت قيمتهما سواء
كان ذراع بذراع وان كانت قيمة احدهما ضعف قيمة الآخر يحتسب ذراع بذراعين وعلى هذا
الحساب لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البئر واتخاذ السرداب والاصطبل وغيرها
فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذراع فقال
ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع واختلف المشايخ
في ان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو او
العكس من ذلك او استوائهما وهو معنى قوله فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره
اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف
بناء على ما شاهد على عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد

على

على ما شاهد من اختلاف العادات من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقال بعضهم بل هو مبني على
معنى فقهي ووجه قول ابي حنيفة ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو لضعفه لانها
تبقى بعد فوات العلو دون العكس وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى ~~وفي العلو~~
~~دون العكس وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى~~ وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه
البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف
ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد
منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة
اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة في
مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من
البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من علو الكامل
في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل الكامل في مقابلة ستة وستين
وثلثين من العلو المجرد ستة وستون وثلثان ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل
نصف سفله فستة وستون وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة
وستون وثلثان من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد
فذلك تمام مائة وتفسير قول ابي يوسف ظاهر على ما ذكر في الكتاب قوله واذا اختلف
المتقاسمون فقال بعضهم بعض نصيبي في يد صاحبي وشهد القاسمان قبلت شهادتهما
ذكره القدوري ولم يذكر خلافا فكانه مال الى قول الخصاف فانه ذكر قول محمد كقولهما وقوله
ولانه اي التمييز لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم قبل لان الرجوع صحيح قبل القبض
وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما اما اذا كان القاضي او نائبه يقسم فليس لبعض
الشركاء ان يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح

باب في دعوى الغلط في القسمة

قال لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة اخر ذكرهما والاصل في هذا الباب
ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول
تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين
على من انكر قوله واذا ادعى احدهم الغلط في القسمة وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد
اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها
فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان اقامها فقد نور دعواه
وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا استحلفوا رجاء النكول فمن نكل
حلف لا شيء عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكر في الكتاب ولا يتحالفان لوجود
التناقض في دعواه قال المصنف ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا لتناقضه وان اقام البينة

لتناقضه لانه اذا اشهد على نفسه اي اقر بالاستيفا او الاستيفا عبارة عن قبض الحق بكماله
كان الدعوى بعد ذلك متناقضة قوله واليه اشار من بعد يريد به قوله وان قال اصابني
الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفا وكذبه شريكه تحالفا وفسخت
القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع
ووجه الاشارة ان هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا يتحالف فيها ولا سبب
لم سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب ان لا يقبل
دعواه اصلا وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه وعجز عن اقامة البينة فالقول
قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو اما
ان يكون يسيرا او فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلتفت الى
دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي او بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله غير ممكن
وان كان الثاني فان كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان الرضا منهم لم يوجد
وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كان بالتراضي لم يذكره محمد وحكي عن الفقيه
ابي جعفر الهندواني انه كان يقول تقبل [?] هذه الدعوى لان المعادلة شرط
في القسمة والتعديل في الاشيا المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القسمة غبن
فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين كان يأخذ
بالقول الاول وهو مختار المصنف وبعض المشايخ كانوا يأخذون بالقول الثاني قوله
ولو اقتسما دارا هو عين مسئلة اول الباب لكن اعاده لزيادة بيان وقوله لما قلنا اشارة
الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله وكذا اذا اختلفا
في الحدود قيل صورته دار اقتسمها رجلان فاصاب احدهما جانبا منها وفي طرفه بيت في
يد صاحبه كل يدعيه فان اقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا يعني
قوله لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد والباقي واضح

لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا توجب نقضه اما البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي لكنا نقول تسمع بهذه الدعوى صح

فصل من هذا الكتاب

لما فرغ من بيان الغلط بين احكام الاستحقاق واذا استحق بعض نصيب احدهما فهنا ثلاثة اوجه
استحقاق بعض معين في احد النصيبين او فيهما جميعا واستحقاق بعض شايع في
النصيبين ففي الاول لا تنفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تنفسخ بالاتفاق وفي الثالث
لم تنفسخ عند ابي حنيفة ولكن يخير ان شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما
بقي واقتسما ثانيا وقال ابو يوسف رحمه الله تنفسخ ومحمد مع ابي يوسف على رواية ابي سليمان
ومع ابي حنيفة على رواية ابي حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث
المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سوا بان يكون قيمة الدار الفا ومائتي
درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم

واستحقاق بعض شايع في احد النصيبين

واقسم

فعندهما

فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في
يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وهو [?] فاذا استحق النصف
رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير
بيد كل من الشريكين اربعمائة وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهي ثلاثة ارباع الف
ومائتين قال المصنف ذكر الاختلاف يعني للقدوري في استحقاق بعض بعينه وهكذا
ذكر في الاسرار ان الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب احدهما قال صاحب
النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في
الاسرار في الشايع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشايع غير مرة واقول
وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري واذا
استحق بعض نصيب احدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا
بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقدير كلامه واذا استحق بعض شايع في نصيب احدهما
بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشايع لا في المعين لابي يوسف ان باستحقاق بعض
شايع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما في موضوع المسئلة فيما اذا
تراضيا على القسمة لانه اعتبر القسمة فيها فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض
شايع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الافراز اما تمام ظهر عند الاستحقاق [illegible]
واما في النصيب الآخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شايعا بخلاف المعين
فان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراءه لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل
لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق
جزء شايع في نصيب احدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر ولهذا جازت القسمة
على هذا الوجه في الابتداء بان كان دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين
ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية
والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية ايضا فاقتسم الاثنان على ان ياخذ احدهما
نصيبهما من المقدم وربع المؤخر واذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق
بيت معين في عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشايع في النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتضرر
الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين اما ها هنا فلا ضرر بالمستحق وقوله وصورة المسئلة يعني
مسئلة الكتاب لان المستشهد بها وقد قدمناه نوعا لهذا اللفظ قوله ولو باع صاحب المقدم نصفه
يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب احدهما ثم استحق النصف الباقي رجع
ما في يد الآخر لو له اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة لان الفسخ انما
يرد على ما ورد عليه القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقسمان الباقي بعد الاستحقاق قوله والمقبوض
بالعقد الفاسد جواب عما يقال ينبغي ان ينقض البيع لانه بنا على القسمة الفاسدة والبني على الفاسد
فاسد ووجهه ان القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع
الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد ينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عين حقه
لمكان البيع فيضمن نصف صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يوف
الورثة من مالهم ولم يبرئ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان
في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم للوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير

ثمانمائة

وهكذا

بربع ما في يد الآخر عند ما ذكرنا يعني من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجع

محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالديون وراما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم جازت القسمة اي تبين صحتها سواء كان الدين محيطا او غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنتقض ان لم يرض الوارث والموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما وعلى هذا لو ادعى احد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميت ولو ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يكن تناقض في دعواه فلا اقدام على القسمة ودعوى العين يتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص تناقضه وكذا اذا لم يقل ان لم يكن دعوى باطلة للعلم للتناقض فلتكن باطلة باعتبار انه اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

باب قسمة الأعراض

فصل والمهايأة

لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض وهي المهايأة واخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها واختار ان الترجمة بالباب اولى لان الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لكنها باب من كتاب القسمة ويجوز ان يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء وقد تبدل الهمزة الفا وتحقيقه ان كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها او ان الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن الانتفاع بملكه في نوبته لكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهي المهايأة بعينها والحاجة اليها اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجبر القاضي اذا طلبه بعض الشركاء وابى غيره ولم يطلب قسمة العين لا يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في مكان زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا اي ولكون القسمة اقوى اذا طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم لجاز ان يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف ولو تهايآ في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر في المتن والتهايؤ في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا من جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر في زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت واحد

بعد ان كانت شايعة في البيتين وكذلك في حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التاقيت قيل قوله ولكل واحد ان يستغل ما اصابه يجوز ان يكون توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت المنافع على ملكه جاز ان يستغل وان لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الائمة السرخسي وفيه نظر لانه لو كان مبادلة كان كذلك ايضا والاولى ان يكون ابتداء كلام لنفي قول من يقول انهما اذا تهايآ ولم يشترطا الاجارة في اول العقد لم يملك احدهما ان يستغل ما اصابه ولو تهايآ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا في البيت الصغير لان المهايأة يكون وقد يكون من حيث المكان والزمان هنا وان لم يذكره هذا افراز او مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فاذا كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي يعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهايأة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل اجبر عليها وقيل يعتبر افرازا من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانها تكون مبادلة المنفعة بجنسها فانه يحرم ربوا النساء والاول اصح لان العارية بالشرط بعوض وهذا بعوض وربوا النساء ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على اختلاف القياس فيها هو مبادلة في الاعيان من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف وكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلا بان يطلب احدهما ان يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب ان يسكن في جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر يأمرهما القاضي ان يتفقا لان لكل منهما مزية ولا يرجح احدهما اذ التهايؤ في المكان اعدل لاستوائهما في زمن الانتفاع من غير تقدم لاحدهما على الآخر وفي الزمان اكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة قوله ولو تهايآ في العبدين واضح وقوله وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم اي قال بعض المشايخ عنه وقوله وهكذا روي عنه يعني روى الخصاف عنه مثل ما قال بعض المشايخ وقوله والاصح انه يقسم عنده ايضا قال الكرخي معنى قول ابي حنيفة ان العبد لا يقسم ان القاضي لا يقسمها فان فعلا جاز وعلى هذا يجوز القسمة في الاصل فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وقوله لان والتهايؤ فيهما واضح وقوله ووجه الفرق يعني بين جواز التهايؤ في الاستغلال في دابة واحدة وعدمه في عبد واحد ودابة واحدة وقوله تتغوى العادلة لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان تحمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية وقوله ولو زادت الغلة في نوبة احدهما يعني في الدار الواحدة وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة في الكيسانيات انه يجوز التفاوت وقوله لما بينا اشارة الى قوله وللاعتدال الثابت الى قوله في الحال في آخره وقوله اعتبارا بالتهايؤ في المنافع يعني في الاستخدام للتوقي عن الاستغلال بقوله لان التفاوت في الاعيان [illegible] منه اي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لانه قد يكون في احدهما كياسة وحذاقة يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد كما لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال العبدين [illegible] ان يجوز وعوض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي تصل اليه فيه صاحبه فكان كالتهايؤ في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن ذلك معنى الافراز بخلاف الخدمة متفاوتا من وجه لا تصح المنافع من حيث الخدمة فكما بمعاد وقوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة [illegible] التهايؤ في المنافع وبيان الصورة ما تقدم

الضرورة ما سنذكره

يعني هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها أعيانا فيشتركان
على طريق الشركة ثم يقتسمان ما حصل من الغلة ولقائل أن يقول علل التهايؤ في المنافع بقوله من قبل
لأن المنافع من جنس الخدمة قلما تتفاوت وعلله ههنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين
مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تتمة هذا التعليل
لا علة للجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا أن كل واحد منهما علة مستقلة وقوله ولأن النظام
وجه آخر بإبطال القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو
قوله اعتبارا بقسمة الأعيان إلى آخره وقوله ولو كان نخل أو شجر إلى آخره واضح والله تعالى أعلم بالصواب

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف معناها
لغة وشريعة فأغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلفة فيها قال أبو حنيفة المزارعة
بالثلث والربع باطلة وإنما قيدها بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لأنه لو شرط أقفزة أو عشرة دراهم
مسماة كانت فاسدة بالإجماع وقالا هي جائزة لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على
نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله لأنه لا أثر هنا للعمل في حصول
النماء يعني لأنه محل فعل فاعل مختار وهو أكل الحيوان فيضاف إليه وإذا كان مضافا إلى الآخر وهو
فلم يتحقق فيه الشركة ولأبي حنيفة ما روي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة
قال المزارعة بالثلث والربع ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فإنها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك
من خصائص الإجارة فيكون في معنى قفيز الطحان ولأن الأجر مجهول على تقدير وجود الخارج فإنه
لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة أو أقل منها أو أكثر أو معدوم على تقدير عدم
الخارج وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة وهي أن يقسم
الإمام ما يخرج من الأرض فكان بطريق المن والصلح لأنه لو أخذ الكل لجاز لأنه صلى الله عليه وسلم ملكه
غنيمة فكان ما تركه في أيديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد أجمعنا على أن عقد المزارعة لا يصح
بدون بيان مدة معلومة وهو أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح جائز فلم يكن الحديث حجة لهما وبهذا
يندفع الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فإن من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي إلى فرع
هو نظيره وههنا ليس كذلك لأن معنى الإجارة فيها أغلب حتى اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة
قوله وإذا فسدت عنده واضح وقوله والخارج في الوجهين يعني إذا كان البذر من قبل العامل
وفيما إذا كان من قبل رب الأرض وقوله لأنه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فإن الزرع
له فإنه كان نماء ملك صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة
الحادث إلى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا إلى الآمر وقوله كما فصلنا إشارة إلى قوله
وهكذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض إلى آخره وقوله إلا أن الفتوى على قولهما واضح وقوله بيان
المدة يريد به مدة يتمكن من خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من الزراعة فسدت المزارعة

نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر رجلا ليطحن كرا من حنطة بقفيز من دقيقها ١٢

إذا بين مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالبا لأنه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد إلى ما بعد الموت
وقوله لأنه أي عقد المزارعة عقد على منافع الأرض يعني إذا كان البذر من قبل رب الأرض والمدة
هي المعيار الجاري للمنافع بمنزلة الكيل والوزن وقوله وهو أي المعقود عليه منافع الأرض إن كان
البذر من قبل رب الأرض ففي الأول العامل مستأجر للأرض وفي الثاني رب الأرض مستأجر
للعامل فلا بد من بيان ذلك بالإعلام وقوله فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد لأنه إذا شرط فيها
ما يقطع الشركة في الخارج تبقى إجارة محضة والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم
وقوله بيان جنس البذر وجه القياس ليصير الأجر معلوما إذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه
ليعلم أن الخارج من أي نوع ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى لأنه ربما يعطي بذرا لا يحصل الخارج به إلا
بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط فوض الرأي إلى المزارع أو لم يفوض بعد
أن نص على المزارعة فإنه مفوض إليه قال وهي عندهما على أربعة أوجه قيام المزارعة بأربعة أشياء
الأرض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم إما أن يكون الجميع لأحدهما أو لا سبيل إلى الأول لأن المزارعة
شركة في الخارج وإذا لم يكن من أحد الجانبين شيء لم تتصور الشركة فتعين الثاني وهو إما أن يكون
بينهما بالتنصيف أو بإثبات الأكثر فالأول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر أن تكون الأرض
لواحد وهو الوجه الثاني والآخران يكون العمل لأحدهما والباقي لآخر وهو الوجه الثالث وهي
جائزة إلا الرابع ووجه كل واحد مذكور في الكتاب وسائر وجهه والمذكور ههنا بطلان الرابع هو ظاهر
الرواية وعن أبي يوسف أنه جائز أيضا واعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة
تنعقد إجارة وتتم شركة وانعقادها إجارة إنما هو على منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما
من منفعة البقر والبذر لأنه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لا يجوز في الأرض والعامل أيضا
لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وورد النص فيهما دون البذر والبقر أما في الأرض فأثر
عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس فإنهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان
مستأجرا للأرض ببعض الخارج وأما في العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والعامل
فإنهم ربما كانوا يشترطون البذر على رب الأرض فكان حينئذ مستأجرا للعامل بذلك فاقتصرنا على
الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على أصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض
أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار
الأرض أو العامل بذلك لكونه مجرد الأصل وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استئجار الآخرين
أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور إليه ذلك والضابط في معرفة
التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس وما صدر عن غيرها
فهو جنس آخر فإذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور فنقول أما الأول فلأنه كان
المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فإن الأرض والبذر من جنس والمنظور إليه استئجار العامل
كان العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث فيه استئجار
الأرض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لأن المشروط شيئان غير متجانسين
فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فإن الأشرف والأصل يجوز أن يستتبع الأخس
والفرع ووجه غير الظاهر ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز فكذا إذا
شرط البقر وحده وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه والجواب أن البقر إذا اجتمع مع الأصل
استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر معهما وكان استئجارا للعامل وأما إذا اجتمع الأرض والبقر

اجتمع

والجواب عما قاله مشايخ بلخ ان الاصل فيها عدم الجواز لانها تنبت مع المنافي فبقدر ما وجد المجوز يعمل به وما لم يوجد فلا
سيد الهداية

فلم يستتبعه وكذا في جانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض والعامل فصرف
عليه دون الآخرين فكان ارجح ويلزم الجواز ويمكن ان يجاب عنه بان النص في المزارعة لما ورد على خلاف
القياس على ما مر ضعف عن العمل به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك مخلوق الله لا مدخل له في الدليل
وانما ذكره لانه لما اضاف منفعة الارض الى قوة في طبعها توهم ان ينسب الى القول بالطبيعة فدفع
ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدوري وهما فاسدان وقد ذكر المصنف وجه ذلك وبقي عليه
اشكال وهو ان صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر وتستوجب عليه اجر مثل ارضه واجيب
بان منفعة العامل ومنفعة الارض صارت مسلمة الى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما وكذا
ان لم تخرج الارض شيئا لان عمل العامل بامره في القاء البذر كعمله بنفسه واحد والعامل من آخر والبقر
من آخر والارض من آخر قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل
عن مجاهد انه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صاحب الارض وجعل لصاحب
الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي
قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لانه لا يستوجب اجر مثل الارض وعلى لصاحب
العمل كل يوم درهما لان ذلك كان اجر مثل عمله ولم يذكر اجر الفدان لكونه معلوما من اجر العامل قال
ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا يعني قوله في بيان شروطها
والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الى آخره والاصل في هذا ان كل ما كان وجوده شرطا للجواز
فعدمه مانع عنه لان الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وشيوع الخارج تحقيقا لمعنى
الشركة شرط الجواز فاذا انتفى فسد وذلك قوله وصار كما اذا شرطا رفع الخارج والارض خراجية والخراج
خراج وظيفة بان يكون دراهم مسماة بحسب الخارج او قفزانا معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة
وهو جزء من الخارج مشاعا كالثلث والربع فانه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط والماذيانات جمع
الماذيانات وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض
والسواقي جمع الساقية وهي فوق الجدول دون النهر كذا في المغرب وقوله اعتبارا للعرف فيما لم ينص
عليه المتعاقدان يعني العرف يقتضي ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين بحكم العرف عند الاشتباه
وقوله والتبع يقوم بشرط الاصل يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه
كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما ايضا تبعا للاصل وان لم يذكرا فيه الشركة فكان معناه قد
يتصف بصفة الاصل وقوله لانه حكم العقد يعني لو انهما سكتا عن ذكر التبن لصاحب البذر لانه
موجب العقد فاذا نصا عليه فانما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان
وجود الشرط وعدمه سواء واما اذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط
لانه ليس حكم العقد وذلك يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن وكل شرط شانه ذلك مفسد
للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال واذا صحت المزارعة المزارعة اما ان تكون صحيحة او
فاسدة فاما ان تكون ان كانت صحيحة فاما ان اخرجت الارض شيئا او لم تخرج فان اخرجت
فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد
صحيح يجب فيه المسمى وان لم تخرج فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة في الخارج ولا شركة في
غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجر اجاب بقوله وان كانت
المزارعة بمنزلة اجارة فالاجر مسمى وانه فات فلا يستحق غيره وانتقض بما اذا استاجر رجلا بعين
فعملا لاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستاجر اجر المثل فلتكن هذا مثله لان المزارعة

اذا صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجيب بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان
المزارع قبض البذر الذي يخرج منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين
اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا
فرق بين ان يخرج الارض وان لا يخرج في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة
لا تفوت بعدم الخارج فان اخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر
منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على قدر
المشروط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له
اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال
المصنف وقد مر في الاجارات قال صاحب النهاية وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير
لانه ذكر في باب الاجارة الفاسدة في كتاب الاجارات في مسئلة ما اذا استاجر جملا ليحمل طعاما بقفيز
منه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر
المثل وهذا خلاف ما ذكر في الاصطلاح حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى ههنا
غير معلوم فلم يصح الحط فمجموع هذا الذي ذكره في الاجارات الفاسدة كما هو قولهما لا انه في الشرع
ثم ذكر ههنا وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ الا ان قال وقد مر في الاجارات وذلك يدل على ان
وضع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغا ما بلغ وليس كذلك واجيب بان هذه الحوالة من قبل المتشابه
في الاصطلاح لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغير وان كان البذر من قبل
العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد
تعذر فيجب رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج او لا
هو على الخلاف المار ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل اجر مثل الارض
والبقر هو الصحيح لان للبقر مدخلا في الاجارة بجواز ايراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة
معنى فينعقد المزارعة عليه فاسدا وجب اجر المثل وقوله هو الصحيح احتراز عن تاويل اصحابنا
لقول محمد في الاصل لصاحب الارض والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب البذر ان المراد به ان
يجب اجر المثل مكروبة اما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه
صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه قوله واذا استحق
رب الارض الى آخره واضح الا انه يحتاج الى الفارق بين عكس في منفعة الارض فاوجب التصدق
بالفضل وبين ما نحن فيه في عمل العامل ولم يوجب وكان في كلام المصنف اشارة الى ذلك حيث قال
لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض فهو محتاج اليهما يعني فهو محتاج اليهما على خارج
العادة اصلا فالغا فكان الخبث فاسدا فاورث وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر
وفتح الجداول ليس بذلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت البذر في ارض
ممطورة فكان ما تمكن به الخبث فلم يورث وجوب ذلك قال واذا عقدت المزارعة في هذا
بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما او غيره وهو لازم في حال دون حال اما بعد القاء البذر
في الارض فانه لازم من الجانبين لتضرر احدهما بفسخه الا بعذر واما قبله فلازم من جهة من ليس
البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه
المضي على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استاجر رجلا ليهدم
داره وان امتنع غيره اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر سوى ما التزمه بالعقد

لانه التزم اقامة العمل وهو قادر عليها والعقد لازم من جهته بمنزلة الاجارة الا اذا كان له عذر تفسخ به الاجارة كالمرض المانع له عن العمل والدين الذي لا وفاء له عنده الا ببيع الارض فتفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان الماني يتحقق بالمنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد تقومه بجزء من الخارج وقد فات قيل هذا الجواب في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لانه غره في الاستعمال قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة وقد مر الوجه في الاجارات وهو قوله لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وفي الاستحسان يبقى العقد الى ان يستحصد الزرع نظرا للمزارع فانه في الزرع غير متعد فيبقى العقد واستعمل الارض الى ورثته نظرا لقلع الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدي واليه اشار المصنف بقوله فلو كان دفعها ثلاث سنين الى آخره واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة الذي يكون تبعه مذكورا فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الزرع او لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى الخ ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على وضوحه في الطلاق اول المسئلة ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال على المزارع ولا شيء بمقابلة ما عمل [illegible] هذا واذا فسخت المزارعة بدين فادح اي ثقيل من فدحه الامر اي اثقله لحق صاحب الارض احتاج الى بيعها جاز الفسخ كما في الاجارة وقوله فسخت والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختار رواية الزيادات فانه لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضا لانه في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما يقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح ان لو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل [illegible] عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض واما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستاجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم منافعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض باجر عمله كذا في الذخيرة محالة الى مزارعة شيخ الاسلام وفيه نظر لان منافع الاجير وعمله انما يتقوم على رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صورتين ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا يباع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التاخير وان كان اضرارا بالغريم لكن التاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن ظالما في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف

المشايخ

المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملكه الاب والوصي زراعة ارض الصبي ولا يملكان استهلاكه بماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مما تعاقد البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يعني الزرع وكان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا يسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكري الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله لان في تبقية الزرع دليل وجوب الاجر ووجه ذلك انا لو امرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان بقيناه بلا اجر تضرر رب الارض فبقيناه بالاجر تعديلا للنظر من الجانبين والعمل فيهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا اجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه ايضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة فانفق احدهما بغير اذن صاحبه فهو متبرع لانه انفق على ملك الغير بغير امره ولا يقال هو مضطر لاحياء حقه فلا يوصف بالتبرع لانه متمكن من الاستئذان من القاضي فيمتنع الاضطرار ولو اراد رب الارض ان يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالزرع ولو اراد المزارع ذلك يمكن منه ويخير رب الارض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها فانه قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر لشيء مختص في ذلك لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع لان الارض اجنبي بان رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فدعاه على [illegible] المزارع فانه يدخر نفسه بالقلع ما وجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان نصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله ولو مات المزارع ظاهر وقوله بهذا اشارة الى ان ابقاء العقد بعد وجود المنهي الى آخره وقوله والمالك على الخيار ان الثلاثة يعني المذكورة الا انه هاهنا الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الى آخره قال وكذا اجرة الحصاد والرفاع قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع بالفتح والكسر هو ان يرفع الزرع الى البيدر والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء المدة والزرع لم يدرك ربما كان يوهم اختصاصهما بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل ان اشتراط ما ليس من اعمال المزارعة على احد المتعاقدين يفسدها لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من اعمالها وغيره ان كل ما هو ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من اعمالها وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعه الى البيدر اذا شرط شيء منها على احدهما تفسد في ظاهر الرواية وروي اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه اذا شرط ذلك على العامل

على العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع قال شمس الائمة هذا هو الاصح

جعل الاعمال ثلاثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو من اعمالها وما كان بعد الادراك
قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن واشباهه
وهما ليسا من اعمالها فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها
على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الاخر فكان التدبير في ملكه
اليه خاصة والمعاملة تناسبها اي المساقاة ايضا على هذا الوجه وقوله لانه مال مشترك
بينهما مشترك كالحصاد قبل القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما الا ترى
ان نصيب كل واحد اذا كان معينا في قرية يقال لهم شركاء في القرية

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة
النبي صلى الله عليه وسلم باهل خيبر الا ان اعتراض موجبين اوجب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما
شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالاشبهة
الى المساقاة وهي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي معاقدة دفع الاشجار
والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة
فيما ان ابي حنيفة رحمه الله وجائزة عند ابي يوسف ومحمد وهو قول ابن ابي ليلى [illegible] المعاملة
جائزة والمزارعة لا تجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون النخل والكرم في ارض بيضاء [illegible]
فيأمره ان يزرع الارض ايضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب انه مساس
الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر الثابت في جميع البلدان الحقاها بالمضاربة فجازت [illegible]
عن المعاملة وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة الادراك [illegible] معناه لو دفع رطبة قد انتهى
جذاذها على ان يقوم عليها حتى يخرج بذرها [illegible] جاز اذا كان البذر [illegible]
فيه [illegible] في معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر [illegible] وقت معلوم عند المزارعين
فكان ذكر [illegible] وقت معلوم [illegible] بعد العامل فاشتراط [illegible]
[illegible] وقوله [illegible] ظاهر وقوله بخلاف ما اذا [illegible] واصول
رطبة [illegible] حتى تذهب اصولها وينقطع نباتها وقوله والطلع في الرطبة يعني [illegible]
حتى [illegible] فسدت المعاملة معناه اذا لم يكن للرطبة حد معلوم فان كانت فهي جائزة [illegible]
الطلوع في النخل [illegible] المصنف في كلامه [illegible]
[illegible] في الارض [illegible] الرطبة [illegible] اذا شرط القيام عليها [illegible]
[illegible] وقوله لا تخرج الثمرة فيها [illegible] الوقت [illegible]
قال ويجوز المساقاة [illegible] بيان ما يجري فيه المساقاة وما لا يجري فيه [illegible]
فيه [illegible] في النخل والكرم ولنا ان الجواز للحاجة [illegible]
[illegible] في الاشجار والرطاب ايضا [illegible]

التعليل لا سيما على اصله فان بابه عنده اوسع لانه يجري التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليل
التمييز على كونه جامعا بين الاوصاف واما نحن فانا لا نجوزه بالعلة القاصرة ونشترط قيام الدليل على
ان هذا النص بعينه معلول وموضعه اصول الفقه وقوله وليس لصاحب الكرم واضح وقوله لما
قدمناه وفي بعض النسخ على ما قدمناه اشارة الى ما ذكر في المزارعة بقوله واذا انعقدت فامتنع صاحب
البذر من العمل لم يجبر عليه [illegible] المساقاة لم يشتمل على ضرر [illegible] لازمة من جهته ثم عذر صاحب
الكرم [illegible] لا يمكنه [illegible] الا ببيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله لم يرد به الشيخ [illegible]
[illegible] بالاثمار [illegible] يكون اجر العامل بعض الخارج وقوله واذا فسدت المساقاة واضح وقوله والخارج
[illegible] العامل ان يقوم عليه [illegible] الاستحسان [illegible] العقد [illegible] القياس فقد نقضت
المساقاة بينهما وكان الكثرى بين صاحب الارض وبين العامل نصفين ان شرطا انصافا لان صاحب
الارض [illegible] العامل بعض الخارج والاجارة تنقض بموت احد المتعاقدين [illegible] واضح على ما
ذكرنا نظيره في المزارعة وقوله [illegible] المورث الخيار [illegible]
الخيار [illegible] كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله والخارج [illegible]
الموت سواء والعامل بالخيار ان شاء عمل كما كان [illegible]
[illegible] الاخر بين الخيارات الثلاثة [illegible] في المزارعة [illegible] المزارعة [illegible]
[illegible] وكذلك العمل كله على العامل [illegible] ذكره في الكتاب وهو واضح قال وتفسخ
بالاعذار لما بينا في الاجارات المساقاة تفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات [illegible] وقوله ولنا ان
المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض [illegible]
[illegible] العذر [illegible] الاجارة وكلامه واضح وقوله فيه روايتان [illegible]
عذرا [illegible] روايتان في احديهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم [illegible]
[illegible] الاخرى عذر [illegible] ان يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان
عذرا [illegible] اذا دفع اليه [illegible] على ان يعمل فيها بنفسه وباجرائه فعليه ان يستخلف [illegible]
[illegible] فسخ المعاملة ومن دفع ارضا بيضاء [illegible] معلومة [illegible]
على ان يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراطه فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض
[illegible] جميع الثمر والغرس [illegible] الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثل عمله [illegible]
[illegible] ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغرس [illegible]
بالارض فانه لو قلع الغراس [illegible] لقطعة خشبة [illegible]
[illegible] الشجر [illegible] والغارس [illegible]
[illegible] لانه [illegible] الغراس [illegible] منقومة [illegible]
[illegible] عمل العامل لانه يتقوم بالعقد [illegible] طريق اخر [illegible] المصنف [illegible]
كفاية المنتهى وهو [illegible] الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه ونصف الخارج فكان [illegible]
جواز هذا العقد لكونه في معنى قفيز الطحان قال المصنف وهذا معنى المذكور في الهداية [illegible]
~~[illegible] فاذا فسدت [illegible]~~
لانه نظير من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ للثوب فاذا فسدت [illegible]
~~[illegible] صاحب الارض [illegible] على صاحب الثوب [illegible]~~
~~[illegible] من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ الثوب [illegible]~~ فاذا فسدت الاجارة بقيت الالة متصلة بملك صاحب
الارض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد [illegible] الصبغ في ثوبه [illegible]

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان المزارع
يتلف الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذابح اتلاف الحيوان بازهاق روحه
للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم ان العراقيين ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا ولكن الشرع احله لان
فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول
اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعرفنا انه
كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم لان المحظور العقلي
ضربان ما يقطع بحرمته فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث نفس
منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويتقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما
فيه الم للعرو والذكاة الذبح واصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب
وذكاء النار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى قوله الذكاة شرط الذبيحة الذبح شرط حل اكلها فالمذبوح من
الحيوان لقوله تعالى الا ما ذكيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الآية استثنى من الحرمة المذكاة
فيكون حلالا والمرتب على المشتق معلول لمصدر الاشتقاق لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا
ولان غير المذكى ميتة وهي منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته بما تلونا وهو غير متميز من اللحم
وانما يتميز بالذكاة فلا بد منها لتمييز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لانه حلهما بلا ذبح ثبت بالنص
وكما يثبت بالذبح الحل في الماكول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنه قوله صلى
الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها يعني انها اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما ان الذبيحة
بالذكاة تطيب وتطهر وهي يعني الذكاة اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية
وهو الجرح في اي موضع كان من البدن وقوله والثاني كالبدل عن الاول واضح وانما قال كالبدل لان
الابدال تعرف بالنص ولم يرو فيه نص وقد وجدت امارة البدلية ومن شرطه اي شرط الذبح ان يكون الذابح
صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي فانه يدعي ملة التوحيد وانما تحل ذبيحة
اذا لم يكن وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالى وما اهل به لغير الله ومن شرطه ان يكون حلالا
خارج الحرم كما سيجيء قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال ذبيحة المسلم والكتابي ذميا كان او حربيا
حلال اذا اتى بشرط ذبحها واما اذا ذبح بالحضور فلا بد من الشرط المذكور وهو ان لا يذكر غير اسم الله وقوله
لما تلونا اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص بخروج الوثني
والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال الخطابي
الكتاب في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واشكل بعضهم على ذلك لم يكن تخصيص اهل الكتاب
بالذكر فائدة فان المجوسي اذا اضطر وسمى حل اكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي
عما سواه ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية قيل يعني يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل ان حل الذبيحة
بالتسمية والذبيحة يعني يقدر على الذبح ويضبط اي يحفظ شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم
والكناية اي الذابح صبيا او مجنونا فالذبح النهاية اي معتوها لان المجنون لا قصد له ولا يتصور منه لا التسمية

شرطها النص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا يعني قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط
والاقلف والمجنون سواء لما ذكرنا قيل اراد به الامرين المذكورين وفيه نظر لان عادته في مثله لما
تلونا وقيل اراد به قوله لانه حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا النص مذكور في الكتاب والاولى ان يجعل اشارة
الى الآية والى قوله ولانه به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثل ذلك قيل انما ذكر الاقلف
احترازا عن قول ابن عباس فانه يقول لا تجوز شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز وقوله واطلاق الكتابي
ينتظم كذا ظاهر وقوله ولان الشرط قيام الملة فيه نظر لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط
ويمكن الجواب عنه بانه شرط في معنى العلة وقوله ولا يؤكل ذبيحة المجوسي واضح وقوله بخلاف
الكتابي اذا تحول الى غير دينه يريد به من اديان اهل الكتاب اما اذا تمجس فلا تؤكل ذبيحته قال
وان ترك الذابح التسمية ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارا واضطرارا عامدا او ناسيا
قال الشافعي فهو على الجواز ومالك يقول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة
لا تؤكل وان تركها ناسيا اكلت استدل الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم يذبح على اسم الله سمى او لم
يسم بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر
النسيان كالطهارة في باب الصلاة فانها لما كانت شرطا لم تسقط بعذر النسيان وعلمنا انها
ليست شرطا لكن الملة اقيمت مقامها كما في الناسي والجواب عن الحديث بما ذكر في الكتاب انه محمول على حالة
النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما نذكر وعن حديث الاول بانا لا نسلم الملازمة
فانها تفضي الى العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما اذا كان على الناسي
هيئة مذكرة كالاكل في الصلاة والجماع في الاحرام وههنا ان لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذابح
عند زهوق روح الحيوان من تغير الحال لكن ليس هيئة مذكرة بموجودة ولما نوع انه يمنع بطلانه التالي ايضا
على مذهب مالك وعن التنزل بما ذكره في الكتاب اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو
معذور لا يدل في حق العامد ولا عذر له واما ما تمسك به المصنف بكون ما ذهب اليه الشافعي
مخالفا للاجماع فواضح واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فانه فيه
النهي بابلغ وجه وهو توكيده عن الحرمة فيه عن الاكل وترك التسمية وهو بالاطلاق يقتضي الحرمة
من غير فصل وهو اقرب لا محالة من مذهب الشافعي لانه مذهب ابن عمر رضي الله عنه والجواب انه
غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول لان
ظاهرها يدل عليه الالفاظ ولا يخفى على اهل اللسان وفي ذلك ايضا من الحرج ما لا يخفى اذ الانسان كثير
النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض
ولنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد
بها الذكر حالة الذبح لا غير وصلة على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره
اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تاكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التاكيد العام ينفي احتمال الخصوص
وهو غير محتمل التاكيد والتخصيص فيحمل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان
الشرع جعل الناسي لعذر كان من جهته وهو النسيان ذاكرا من الشرع باقامة الملة مقام الذكر فكان
الحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك ومجال الكلام في الآية واسع وقد قرر
الابواب والاجماع وهو ما بيناه بدليله ما ذكر في التشنيع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة
التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا الآخر والسنة حديث عدي بن حاتم
الطائي فانه صلى الله عليه وسلم حين سأله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا فقال لا تاكل فانك انما سميت

على كلبه ولم يتبع على طلبه حرم لعلة الحرمة ترك التسمية والمشايخ والكتابي في ترك التسمية عند ارسال
البازي والكلب وعند الرمي لكنها ذكاة الاختيار تشترط عند الذابح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط
عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني
الرمي والارسال وقد فرع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة قال ويكره ان يذكر مع اسم الله
شيئا غيره المسائل المذكورة وقوله ومحمد رسول الله بكسر اللام ليشير الى انه لو قال غيره مكسورا يحرم كذا قيل
هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمرتاشي ان خفضه لم يحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه حل لانه كلام
مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد انه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا
في باب الصلاة ونحوها لا يحرم وقوله حتى لو قال عند الذبح اشارة الى انه لو قدمه او اخره لا باس به ولذا
قال شيخي رحمه الله يريد التسمية حل بالاختلاف والفرق لابي يوسف بين هذا وبين التكبير ان المامور
به ههنا الذكر قال تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف اي قائمات صففن ايديهن وارجلهن وفي الصلاة
التكبير بهذه الالفاظ لا يكون منكرا ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين والفرق
لابي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر وقال الحمد لله يجوز ان يصلي
الجمعة بذلك القدر في احد الروايتين عنه بان المامور هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا
الى ذكر الله وههنا الذكر على الذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه
واعلاه واسفله واتى بلفظ الجامع الصغير لان الاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة
واللحيين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه اذا كان قبل العقدة فهو بين اللبة
واللحيين وهو دليل ظاهر للامام الرستغفني في حل ما بقي عقدة الحلقوم مما يلي الصدر ورواية
المبسوط يساعده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل وكذلك في فتاوى
اهل سمرقند لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة واللحيين
مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا معتبر بالعقدة
قال والعروق التي تقطع في الذكاة العروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ
والودجان واختلف العلماء في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي الى الاكتفاء بالحلقوم
والمرئ وذهب مالك الى اشتراط قطع جميعها وذهب ابو يوسف الى اشتراط قطع الحلقوم والمرئ واحد
الودجين رحمه الله بعدما كان قوله كقول ابي حنيفة كما يذكره وذكر القدوري انه قول محمد ايضا وقال المصنف المشهور
في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وذكر عن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد منها وهو رواية عن ابي حنيفة
واما ابو حنيفة رحمه الله فقد اكتفى بقطع الثلث ايها كانت وهي ثلاثة اوجه فان قطع الجميع اولى وهو وجه
رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم افر الاوداج بما شئت والمرئ القطع للاصلاح ولا اثر القطع
للافساد فكان له ان يكتفي بالجزء الثلث وكذا الى التعلق بهذا الورود الامر بفريه احتج الشافعي بانه جميع الاوداج
وما معه الا الودجان فدل على ان المقصود هنا ما يحصل به زهوق الروح وهو يقطع بالمرئ اصلا واما المعنى
فلان المقصود اسالة الدم النجس وهذا انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ
وبما يقتضيه فان الاوداج جمع واقله ثلاثة فيتناول المرئ والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع
الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وجوابه سيجيء واحتج ابو يوسف بان المقصود دون قطع
الودجين انهار الدم فينوب احدهما مناب الآخر فكل منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المرئ فان
المرئ مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس وقد وقع في بعض النسخ بالعكس والشيخ بلا قدمهما
وهو قريب وجوابه سيجيء واحتج محمد رحمه الله بان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه

والاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل
بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية اي التعجيل في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او
الطعام وحصل بهذا جواب ابي يوسف وبقوله ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن
زيادة التعذيب جواب مالك رحمه الله لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمة
معهود فينصرف الى الجنس والواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما نحن فيه ليس افراده حقيقة والانصراف
الى الجنس انما يكون كذلك وقوله بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكان الغالب اثر المخصص فيه
وهو الثلاثة فان الاثنين مثلا كانا باقيين كان اكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل ان كان بالحرمة موكلا
كان للنصف الباقي حكم الاكثر فكانه لم يقطع شيئا ثم ما لوح الى هذا بقوله احتياطا لجانب الحرمة قال
ويجوز الذبح بالظفر الذبح بالظفر والسن المنزوع جائز مكروه واكل الذبيح بها لا باس به وقال
الشافعي هي ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن
فانهما مدى الحبشة استثناهما مطلقا فما يجوز اكله فيتناول الحرمة المنزوع والقائم ولان
الذكاة فعل مشروع وانهار الدم بهما مطلقا غير مشروع فلا يكون ذكاة كغير المنزوع ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وهو باطلاقه يقتضي
الجواز بالمنزوع وغيره الا انا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي فان فيه كلاما على ذلك وهو
قوله صلى الله عليه وسلم فانهما مدى الحبشة فانهم يقطعون بالاظفار ويحدون الاسنان ويقاتلون
بالخدش والعض وهذا المعنى قوله وما رواه محمول على غير المنزوع وقوله ولانه آلة جارحة جواب
عن دليله المعقول وتقريره انا لا نسلم ان انهار الدم بالظفر والسن المنزوع غير مشروع
فانه اي كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد
والسكين الكليل وما في كلامه ظاهر سوى الفاظ نفسرها الليطة بكسر اللام قشر القصب والمروة
الحجر الحاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وقوله صلى الله
عليه وسلم لعدي ان تحد شفرتك قبل ان يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح ان التحديد
للنحر وليس كذلك لان المذبوح لا عقل له وهو مع كونه سوء ادب ساقط لان الوهم في ذلك
كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها والنخاع
بالكسر والفتح والضم لغة فيها وفسره المصنف بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب
النهاية الى السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورده بان بدن الحيوان
مركب من عظام واعصاب وعروق وتاركوما فيه يسمى بالخيط اصطلاحا ثم ذكر المصنف الاصل
الجامع في افادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكاة قال
وما استانس من الصيد قد مر ان الذبح الاضطراري بدل عن الاختياري فلا يصار الى الاول
قبل العجز عن الثاني وهذا مخرج ما ذكر في الكتاب وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذكاة
الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وقوله لانه لا يحل الاكل بذكاة الاضطرار في الوجهين
يعني ما توحش وما تردى لان ذلك نادر ولنا ان لا حكم له قلنا لا نسلم الندرة ولئن كانت
فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق قوله في الكتاب بزيادة القدرة في كلامه واضح والنحر
قطع العروق في اسفل الصدر والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب في الابل الاول وفي غيرها الثاني
والعكس يجوز ويكره لما ذكر في الكتاب وقوله لمعنى في غيره اي في الذبح وهو ترك السنة وقوله
اشعر معناه نبت شعره مثل اعشب المكان وكلامه واضح خلا انه عجب عن الحديث الذي

استدلالا به لانه لا يصح الاستدلال لانه يروى ذكاة امه بالرفع والنصب فان كان منصوبا فلا اشكال انه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك لانه اقوى في التشبيه من الاول كما عرف ذلك في علم البيان قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما في قوله وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى ان عظم الساق منك دقيق

فصل من هذا الكتاب

فيما يحل اكله وما لا يحل

ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لان المقصود من الذبائح الوسيلة والوسيلة الى الشيء تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح واعاد ذكر اوصاف الشيخ ليبني على ذلك قوله كيلا يعدو وتتعدى هذه الاوصاف الذميمة اليهم والفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم قال في المبسوط فالمراد بذي المخلب من الطيور البازي والعقاب ومن ذي الناب ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه انه سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقال ايؤكل لحمه فقال نعم فقال اشيء سمعته من رسول الله فقال نعم فلا يكون حجة اجيب بان حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر قد صح او يحمل انه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وبين عرس فكو والرخم جمع رخمة وهو طائر ابلق يشبه النسر في الخلقة والبغاث الابيض من صغار الطير وضعافه واما الغراب الابقع والاسود فهو انواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط يأكل الحب مرة والجيف اخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند ابي حنيفة مكروه عند ابي يوسف قوله وكذا الغداف وهو غراب القيظ لا يؤكل واصل ذلك ان ما يأكل الجيف فلحمه نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وما يأكل الحب لا يوجد ذلك فيه وما خلط كالدجاج والعقعق فلا بأس باكله عند ابي حنيفة وهو الاصح لان النبي صلى الله عليه وسلم اكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله اما الضبع فلما ذكرنا يريد به قوله ويدخل فيه الضبع انه ذو ناب وقوله وهو حجة على الشافعي يعني نهي النبي صلى الله عليه وسلم وانه لما نهيت لحم فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فاجد نفسي تعافه فلا احله ولا احرمه وحديث ابن عباس رضي الله عنه قال اكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين ابو بكر رضي الله عنه اجيب بان الاصل ان الحاظر والمبيح اذا تعارضا ترجح الحاظر على المبيح ما اول تعاقب التحريم ولا يؤكل الحمر الاهلية لما ذكره في الكتاب وذهب بشر المريسي الى اباحته ونقل ذلك عن مالك رضي الله عنه تمسكا بما روي عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن ذلك فتلت

قوله

قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الآية وبحديث غالب بن ابجر قال للرسول صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالي الا الحمر فقال صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك واستدلالا بحل اكل الوحشي وهو ضعيف اما الآية فلجواز ان يكون قبله حرمة لحم الحمر والدليل على ذلك حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها واما الحديث فلانه مأول باكل ثمنها واما الوحشي فلان من شرطه ان لا يكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهي عن لحوم الحمر الاهلية قائم فبطل القياس قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها بانه ترك ذكر الحمل عليه فينبغي ان لا يحل الحمل عليه وهو فاسد فان الكلام في ان اعلى النعم والذهاب الى ما دونه دليل حرمة الاعلى والحمل لشيء قوله والاول يعني كون الكراهة للتحريم اصح لانه روي ان ابا يوسف سأل ابا حنيفة اذا قلت في شيء اكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ومبنى المشايخ في قول ابي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي رخص بعض العلماء في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف قوله ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك واضح والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو اذا علا والمراد من السمك الطافي هو الذي يموت في الماء حتف انفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمارماهي كذلك وقوله والحجة عليه ما رويناه قوله صلى الله عليه وسلم احلت لنا ميتتان ودمان الحديث وقوله وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى منها انه في بطن السمك سمكة اخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طير الماء وغيره وكذلك اذا ماتت في جب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها من غير صيد فمتن فيها لذلك وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها او اكل شيئا القاه في الماء ليأكل فماتت منه وذلك معلوم فلا بأس باكله وهو في معنى ما انحسر عنه الماء فاكل وقوله في الموت بالحر والبرد روايتان احديهما انه تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليسا من اسباب الموت في الغالب فاطلق القدوري الروايتين ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ الاسلام انه على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد رحمه الله يحل

كتاب الاضحية

اورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في وقت الاضحى وهي افعولة وكان اصلها اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت الواو بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لاجل الياء وتجمع على اضاحي بتشديد الياء كما قال الاصمعي وفيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية

وهدايا واضحاة وجمع اضحى كارطاة وارطى وقال الفرا الاضحى يذكر ويؤنث وفي الشريعة عبارة عن ذبح
حيوان مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها ستذكر في اثنا الكلام وسببها الوقت في ايام النحر لان
السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشي الى الشي ان يكون سببا وكذا
فتكرره بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد اضيف الشي
الى الحكم يقال يوم الاضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك ومما يدل
على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت
سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب والغرض عدمه وهي واجبة بالقدرة
الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام
النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا يسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة
الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكاة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج
واصطلام الزرع آفة لا يقال ادنى ما يتمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم
يجعل ذلك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها
بالممكنة كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية
قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق ان تصدق باللحم فيحصل النوعان اعني التمليك والاتلاف
باراقة الدم وان لم يتصدق فحصل الاخر واما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا
والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى **قال** الاضحية واجبة كلامه ظاهر وفي
الجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه ابو يوسف رحمه الله وقد يقوله في الطوائف المالية احترازا عن
البدنية كالصلاة والصوم فانهما يختلفان فيهما لان المسافر تلحقه المشقة في ادائها والعتيرة ذبيحة
كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ قوله ومثل هذا الوعيد
لا يلحق بترك غير الواجب عورض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم ينله شفاعتي
واجيب بانه محمول على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام قد يجب المقاتلة به
لانه فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام وقوله لان الاضافة للاختصاص ظاهر وقوله وهو اي الاختصاص
بالوجود لانه اذا لم يوجد حيث لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص والوجوب هو المفضي الى
الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس اذ ان جميع الناس على تركها ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب
واعترض بان السنة ايضا تفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة
واجيب بان الوجوب افضى اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير ان الاداء اختص باسباب اي بشرائط
يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد يحتاج الى التسمير(?)
قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف الا ترى الى التيمم عند زيادة ثمن الماء التي تبلغ
قيمة الاضحية ولا عشرها فاولى ان يسقط عنه وجوب الاضحية وكها اقوى حرجا في زيادة ثمن الماء
وقوله والمراد بالارادة جواب عما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يضحي
منكم فكان معنى قوله صلى الله عليه وسلم من اراد من قصد وهي التضحية التي هي واجبة كقول من
يقول من اراد الصلاة فليتوضا وقوله والعتيرة جواب عما استشهدوا بها وقوله على ما قيل يشير الى
ان في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما وافق تفسير المصنف وذكر في الايضاح انها عبارة عما اذا ولدت
الناقة والشاة ذبح اول ولدها فاكل واطعم وهي منسوخة بالاضحية ومعارض بقوله صلى الله عليه وسلم
كتب علي الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله صلى الله عليه وسلم ضحوا فانها سنة ابيكم ابرهيم وبان ابا بكر وعمر

كانا

كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بان المكتوبة
الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله
ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة
في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة
على المعسرين وقوله وانما اختص الوجوب بالحرية بيان للشروط المذكورة في اول الباب وقوله
لما بينا اشارة الى قوله غير ان الاداء يشق على المسافر استحضارها وقوله لما روينا اشارة الى قوله
من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله سببان مقداره اي مقدار الوقت وقوله لا يجب عنه ولده يعني
سوا كان صغيرا او كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن
عن ابي حنيفة انها تجب عليه وقوله والاصح انه يضحي من ماله اي من مال الصغير ويأكل اي
الصغير التي ضحى من ماله ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو
اختيار شيخ الاسلام وهكذا روى ابن سماعة عن محمد وقيل ذلك يصح في جلد الاضحية من غير خلاف
اكل واما في لحمها فلا يبتاع الا ان يطعم او يأكل **قال** ويذبح كل واحد منهم شاة كلامه واضح وقوله وكذا
ان كان نصيب احدهم اقل من السبع فالحكم نصيبه ولا نصيب الابن ايضا وقوله يجوز في الاصح احتراز
عن قول بعض المشايخ انه لا يجوز لان كل واحد منهما ثلاثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز
في الاضحية واذا لم يجز البعض لم يجز الباقي ووجه الاصح ما ذكره في الكتاب وبه اخذ الفقيه ابو الليث
والصدر الشهيد وقوله الا اذا كان معه شي من الاكارع والجلد بان يكون مع احدهما بعض اللحم مع الاكارع
ومع الاخر البعض مع الجلد صرف الجنس وقوله اعتبارا بالبيع لانه في القسمة معنى التمليك فالحق بالبيع في
عند وجود المعنى والجنس قوله وقد يكون يعني دفع الحرج لان بالمدار التضحية لا يمتنع البيع وهذا
لا يشتري اضحية ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن به باس وقوله لما بينا اراد به قوله لانه اعدها للقربة
فيمنع عن بيعها الى الاخر وقوله لما روينا يحتج على مالك والشافعي اشارة الى قوله ومن ذبح بعد الصلاة
تقديم نسكه واصاب سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده وقوله ومن
ضحى بعد ما صلى اهل المسجد معناه ان يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة
في الجامع هكذا فعله علي رضي الله عنه حين قدم الكوفة وقوله اجزاه استحسانا يشير الى انه لا يجوز
قياسا لانه اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط
ووجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب وقوله وفي قلبه هو جائز اي العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق
ان المسنون في العيد هو الخروج الى الجبانة واهل الجبانة هم الاصل فعند صلاتهم يجوز قياسا واستحسانا
قال وهي جائزة في ثلاثة ايام كلامه واضح وقوله ويجوز الذبح في لياليها اي في ليالي ايام النحر المراد بها
الليلتان المتوسطتان لا غير فلا تدخل الليلة الاولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع
من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر فان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من
يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر ولا يجوز
في ليلة النحر لانه لم يدخل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه وانما جاز في الليالي لان
الليالي تتبع الايام واما الكراهة فلما ذكر في الكتاب وقوله والتضحية فيها اي في ايام النحر افضل من التصدق
بثمن الاضحية اما في حق الموسر فلانها واجبة في ظاهر الرواية او سنة في احد قولي ابي يوسف والصدقة
بالثمن تطوع محض ولا شك في افضلية الواجب والسنة على التطوع واما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين
التقرب باراقة الدم والتصدق فالاراقة قربة تفوت بفوت هذه الايام ولا شك ان الجمع بين القربتين

افضل وهذا الدليل ان الغني والفقير وتشبيه بالصلاة والطواف ظاهر فان الصلاة الطواف في حق الافاقي
افضل انها افضل من صلاة التطوع التي لا تفوت بخلاف المكي فان الصلاة في حقه افضل ولو لم يضح
حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه بان عين شاة تعالى على ان اضحي بهذه الشاة سواء
كان الموجب فقيرا او غنيا او كان المضحي فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية
وان كان ممن يجب عليه ولم يوجب عن نفسه شاة بعينها تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر
لانها واجبة على الغني عينها او لم يعينها وعلى الفقير بالشراء بنية الاضحية عندنا فاذا فات وقت
التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمة اخراجا له عن العهدة كالجمعة
تقضى بعد فوتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث ان قضا ما وجب عليه
الاداء بجنس خلاف جنس الاداء قال ولا يضحي بالعمياء والعوراء هذا بيان ما لا يجوز التضحية به
والاصل فيه ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب
واليسير ... ما لا اثر له في لحمها والعوراء في ذلك فانه لا يبصر بعين واحدة ... من العلف
ما يبصر بالعينين وقلة العلف تورث الهزال والحديث المذكور دال على ذلك والعرجاء التي ...
هي ما لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تمشي بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وتستعين
بها جاز والعجفاء التي لا تنقي هي التي لا نقي لها اي لا مخ من شدة العجف وبقية كلامه واضحة
قوله وقيل معناه قول غريب من قولك اي في قول الاول وهو ان الاكثر من الثلث مانع لا ما دونه
الى قوله الذي هو ان الاكثر من النصف اذا بقي اجزاه لاعتبار النسبة الى قول من يقول ان الربع
مانع وفي كون النصف مانعا عن ابي يوسف ومحمد روايتان وقد تقدم وجه ذلك في انكشاف العضو
اول الكتاب وقوله لان القرن لا يتعلق به مقصود الا ترى ان الاضحية بالجماء جائزة ولا قرن لها
والكبش الاملح ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعرات سود والوجاء نوع من الخصاء وهو ان يرض العروق من
غير اخراج الخصيتين وقوله فتعينت يعني هذه الشاة المشتراة للاضحية وقوله كما في نصاب الزكاة
اذا نقص بعدما وجبت الزكاة فيه تسقط بقدره ولا يضمنه رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع
بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلك المال سقط الوجوب وعلى هذا الاصل يعني
كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله وعلى الفقير تجزيها لان الوجوب عليه
بالشراء وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الاصل بنا فيه ما ذكر شيخ الاسلام ان المشتري اذا كان موسرا
لا تصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر رواية اصحابنا تجب
وروى الزعفراني عن اصحابنا انها لا تجب وهو رواية النوادر وقوله فانكسرت رجلها من باب ذكر
وارادة العام فانه اذا اصابها عيب مانع غير الانكسار او الاضطراب حالة الاضطجاع للذبح كان الحكم
كذلك وانما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس خلافه لانه لا تادى الواجب بالتضحية
لا بالاضجاع وهي معيبة عنده فصار كما لو كانت كذلك قبله وقوله لا يتحصل بمقدمات الذبح دليل
محمد ولابي يوسف ان العيب لما انقطع خرج الفعل الذي تعيبت به من ان يكون سببا من اسباب
هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر قال والاضحية من الابل والبقر
والغنم كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة كذا في
النهاية وقوله لانها هي الاصل في التبعية لا تمحو بها ولهذا اتبعها في الرق والحرية وهذا لان المنفصل من الفحل
هو الماء وانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل له فاعتبرناها قوله لكن من شرطه
ان يكون قصدا لكل القربة لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف

جوز ثم مع اختلاف جهات القرب كالاضحية والقران والمتعة قلنا اعتمد على ذلك زفر وهو محجوج
عند اختلاف فيما الكتاب بقوله اذا كانت الجهات قربا اتحد معناها من حيث كونها قربة فجاز الحاق
بخلاف ما اذا كان بعضها غير قربة فانه ليس في معناها واذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزي
وقوله لما بينا انه قربة يشير الى وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزى
وبعض الاراقة وقع نفلا وقربة فصار الكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد ينقلب تطوعا
بخلاف العكس والاراقة لحم لا يصير قربة بحال قال ويأكل من لحم الاضحية اما ان تكون منذورة
او لا فان كان الثاني فالحكم ما ذكر في الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها ان يأكل منها شيئا
ولا ان يطعم الاغنياء لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولو اكل فعليه
قيمة ما اكل وقوله لما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم فكلوا منها وادخروا والقانع هو السائل
من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل وقوله كالخل بالخاء المعجمة
والمهملة والابازير التوابل جمع ابزار بالفتح وقوله في الصحيح احتراز عما قيل انه ليس له في اللحم
الا الاكل والاطعام فلو باع بشيء ينتفع به بعينه يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة
الجلد ان باعه بشيء ينتفع به بعينه جاز روى ابن سماعة عن محمد انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا باس
بالشيء وقوله لان القربة انتقلت الى بدله لان ثمن البدل من حيث التمول ... فلم يبق لاجل
القربة وسبيلها التصدق وقوله لانه في معنى البيع لان كل واحد عقد معاوضة قوله من دم كل
ذنب تمام الحديث اما انه لكم بدم فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا فقال ابو سعيد الخدري
رضي الله عنه هذا لآل محمد والمسلمين فقال عليه السلام لآل محمد خاصة والمسلمين عامة وقوله
حتى وجب عليهم ان يضحي في ايام النحر اي فيما اذا كان المضحي فقيرا ويمكن ان يبدلها غيرها اي فيما اذا
كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخي وقوله فصار كما لو باع اضحيته يعني انه لو باع اضحيته
واشترى بثمنها غيرها فلو كان قيمتها انقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولم يضحها حتى مضت
ايام النحر تصدق بثمنها وقوله ومن اتلف لحم اضحية غير متصل بقوله وان تشاحا لعل ان تشاحا عن
التحليل كل واحد منهما متلف لحم صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرنا وهو قوله فلكل واحد منهما
ان يضمن صاحبه قيمة لحمه وقوله لانه ملكها سابقا على الغصب يعني لكانت التضحية واردة على ملكه
وهذا يكفي للتضحية لا يقال الاستناد يظهر في القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فاتت لانها
عبارة عن فعل المضحي لانا نقول للاراقة ليست صنعة الشاة ليتصح ان يقال يظهر الاستناد فيها او لا يظهر فان
الملك يثبت في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغصب فيكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه والله اعلم

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائلها لم تخل من اصل وفرع ترد فيه الكراهية
الا ترى انه في وقت الاضحية من ليالي ايام النحر وفي التصرف في الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن
وفي اكل ما حرم مقامه كيف ... الكراهة وفي كتاب الكراهية ايضا كذلك قوله والكلب متولد من اللحم

فاخذ حكمه برد عليه لبن الخيل على قول ابي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالا وان قال لا
بأس به والحاقه محرما مع ان لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو ان يقال لعدد قوله
فاخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لما ان المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل
آلة الجهاد ولا يوجد ذلك فكان شربه مما لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجرجر في بطنه نار جهنم
قيل معناه يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته ونار منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات
وقوله لانه في معناه اي لان الادهان من آنية الذهب في معنى الشرب منها لان كل واحد منهما استعمال
لها والمحرم هو الاستعمال قيل صورة الادهان المحرم هو ان يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب
الدهن على الرأس اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره قال صاحب
النهاية كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير وارى انه يخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فان
الكحل لا بد وان ينفصل عنها حالة الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات المضبب المشدد بالضبة
جمع ضبة وهي حديدة عريضة والمسجد المسنن والثفر ما يجعل تحت ذنب الدابة وقول ابي حنيفة رحمه الله
انه تابع ولا معتبر بالتوابع يحكى ان هذه المسألة وقعت في دار ابي جعفر الدوانيقي بحضرة ابي حنيفة
والائمة عصرهم رحمهم الله فقالت الائمة يكره فقيل لابي حنيفة ما تقول فقال ان وضع فمه على الفضة
يكره والا فلا فقيل له ما الحجة فيه فقال ارأيت لو كان في الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه
ووقف كلهم وتعجب ابو جعفر من كلامه واستحسن **قال** ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وقوله في الحل يعني في قوله
وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محالة اولى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل وانما ذلك
برواية الجامع الصغير لان الهدية فيها نفس الجارية وقوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث
عادة على ايدي هؤلاء وقوله ولا يقبل فيها اي في الديانات قول المستور وقوله هو الظاهر على مذهبه انه يجعل
يعني اذا لم يتصل بالحكم وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد
سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة وقوله حتى يعتبر فيهما اي في الفاسق والمستور اذا اخبر بنجاسة
الماء اكبر الرأي وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول العبد والحر والامة لانه خبر هو لا في امور الدين كخبر
الحر اذا كان عدلا كما في رواية الاخبار لانه يلتزم بنفسه اولا ثم يتعدى منه الى غيره فلا يكون من
باب الولاية على الغير وقوله لما ذكرنا اشارة الى الحديث والاذن وقوله فان كان اكبر رأيه انه كاذب
يتوضأ به يعني حكمه في الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح احد الوجهين قبل الامتثال
الطهارة وقوله اشارة الى قوله اما التحري فلمجرد ظن (تمكنه احتمال الخطأ) وقوله ومنها اي ومن الديانات
الحل والحرمة يقبل فيهما خبر الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك كالاخبار بحرمة الطعام والشراب
يقبل فيهما قول العدل لانه لا يحل الاكل والاطعام لانها حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه
لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك واما اذا تضمن زوال
فلا يقبل كما اذا اخبر رجل او امرأة عدل للزوجين بانهما ارتضعا من امرأة واحدة بل لا بد فيه من
شهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال
الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله اي قول المجوسي في الحل اولى ان يقبل في الحرمة وهو
يدل على ان العدالة ليست في الخبر بالحل والحرمة بشرط فكان كلامه متناقضا اجيب بان ذلك ضمنا وكم من شيء
يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تنافي لان المراد ههنا ما كان قصدا **قال** ومن دعي الى وليمة او طعام
قيل الوليمة طعام العرس والغناء باللعب ليس السماع وقوله لصلاة الجنازة قيل عليه انه قياس السنة على
الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة السنة واجيب بانها سنة في قوة

الواجب

مطلب فطانة ابي حنيفة

الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم
ويجوز ان يكون وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله فان
قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر ليكون عاملا بقوله صلى الله عليه وسلم من رأى منكم منكرا
فليغيره بيده الحديث وقوله ولو كان على المائدة ينبغي ان لا يقعد يشير الى ان ما تقدم اذا كان المغني
في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة ينبغي لانه لم يدخل تحت المعية واما اذا كان على المائدة فكان
قاعدا مع القوم الظالمين وقوله ودلت المسألة على ان الملاهي كلها حرام لان محمدا رحمه الله اطلق
اسم اللعب والغناء فيجمعه اللعب الغناء فاللعب وهو اللهو حرام لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله
تعالى انما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض
اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا
في ثلاث تأديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وقوله بضرب القضيب عني به
خشبة الحارس وقوله وكذا قول ابي حنيفة معطوف على قوله المسألة

فصل في اللبس

لما فرغ من مسائل مقدمات الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة
الاحتياج اليه **قال** ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لما ذكر الحرمة والحل واستدل على
الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وهو عام في الذكور
والاناث لزم ان يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل الحديث الدال على حله اما ان يكون
قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا
او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل
استعمال الحرير من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وذلك آية في طعنه على تأخر فنسخ
به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة
الى جنسين فمن اين العموم اجيب بان المراد الجنس وان كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة وقوله
وقال لا يكره يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وقوله لهما العمومات يريد به قوله نهى عن
لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روي عن عمر رضي الله عنه انه بعث
جيشا من الغزاة فرجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم
اعرضت عنا قال اني ارى عليكم ثياب اهل النار وعلى المرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء وقوله
وللجامع كونه (من زي الجبابرة) يريد به ان المستعمل يعلم بهذا المقدار لانه ما وعد له في الآخرة
منه يرغب في تحصيل سبب يوصله اليه وقوله لا فصل فيما رويناه يريد به قوله صلى الله عليه
وسلم هذان حرامان على ذكور امتي وقوله والحرير مستديج بالحرير قيل هو اسم لثوب سداه
حرير وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة
لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره

ولا بأس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا والثانية
كذا والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهي ايقاع الهيبة في عين العدو لبريقه
ودفع مضرة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان الثوب
انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة وروى هشام عن محمد انه كان يرى باللباس المرتفع جدا قال
خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام الى الصلاة
وعليه رداء قيمته اربعة آلاف درهم وابو حنيفة كان يرتدي برداء قيمته اربعمائة
دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده **قال** ولا يجوز للرجال
التحلي بالذهب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي لكونه خبر
الواحد لا يعارض قول الله قل من حرم زينة الله الآية ولا تقيده لان التقييد نسخ والجواب
انه مشهور متفق عليه تلقته الائمة بالقبول فجاز التقييد به وقوله وجاء في اباحة ذلك
آثار وهو ما روي انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة منه ونقشه محمد سطر
ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول
الله فقال صلى الله عليه وسلم آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي صلى الله عليه
وسلم فوهبه منه فكان في يده صلى الله عليه وسلم الى ان توفي ثم كان في يد ابي بكر الى ان توفي
ثم كان في يد عثمان حتى وقع من يده في البئر فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف
والتشويش بينهم بعد ذلك واتى بلفظ الجامع الصغير لانه لفظ الحصر فيه وكان من الناس من اطلق
منهم شمس الائمة السرخسي فقال الاصح انه لا بأس به كالعقيق فانه مبارك تختم به النبي صلى الله
عليه وسلم ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل
على تحريمه ولانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر الذي هو المنصوص عليه وقوله لما روينا
اشارة الى قوله هذان حرامان ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روي عن البراء بن عازب
انه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان النهي عن استعمال الفضة
والذهب سواء فلما حل التختم بالفضة لقلته وكونه عوضا وجعل كالعلم في الثوب فكذا في
الآخر والجواب انه منسوخ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
ذلك وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم من ذهب
فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا ألبسه ابدا فرماه الناس وقوله ويجعل الفص
الى باطن كفه لانه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله وعن ابي يوسف مثل قول
كل منهما يعني اختلف المشايخ في قول ابي يوسف فمنهم من ذكر قوله مع قول ابي حنيفة هكذا
ذكره الكرخي وذكر في الامالي مع قول محمد الكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت عنده
وقعة لهم وقوله هو الصحيح لان عامة المسلمين استعملوا هذا في عامة البلدان لدفع الاذى
عن الثياب النفيسة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث عن
النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله
ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير
التربع في الجلوس والاتكاء ومعنى قول الشاعر ان الرجل اذا خرج في سفر عمد الى شجر يقال له رتم
فشد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة قال لم تخني امرأتي وان اصابه وقد انحل
قال قد خانتني وهو مروي عن الثعالبي الا ان الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وهو خيط التذكرة يعقد

يعقد بالاصبع

وكذلك الرتيمة قال الشاعر اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرتائم
والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهذار والتلعاب بمعنى الهذر واللعب

فصل في الوطء والنظر والمس

مسائل النظر اربع نظر الرجل الى المرأة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى
المرأة والاولى على اربعة اقسام نظره الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة
والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير **قال** ولا يجوز ان ينظر الرجل
الى الاجنبية القياس ان لا ينظر الى الاجنبية من فرقها الى قدمها واليه اشار قوله
صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة ثم ابيح النظر الى بعض المواضع وهو ما استثناه
في الكتاب بقوله الا الى وجهها وكفيها للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لكونه اوفق
لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك علي وابن عباس رضي الله عنهم بالكحل
والخاتم والمراد موضعهما وقوله ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة دليل معقول وهو
ظاهر والا لكان الوصاص وقوله واذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة لقوله صلى الله عليه
وسلم لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعني بالثانية ان
يبصرها من شهوة وقوله ابصرها فانها احرى ان يؤدم بينكما اي يوفق قاله للمغيرة بن شعبة
رضي الله عنه لما اراد ان يتزوج امرأة والخافضة للجارية كالخاتن للغلام يعني ان الخافضة
والختان ينظر الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة في حق الرجال ومكرمة في حق النساء فلا
يترك ويجوز للرجل ان ينظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة يجوز للمرض والهزال الفاحش
لكونه نوع مرض على ما روي عن ابي يوسف واذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر الى
موضعه **قال** وينظر الرجل هذا هو القسم الثاني من اقسام التقسيم قوله خلافا لما
يقوله ابو عصمة يعني به سعد بن معاذ المروزي ان السرة احد حدي العورة فتكون
من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي على ابي عصمة غير مستقيم على قول من يقول ان
الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب
وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا
لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا
للشافعي استدلالا بالغاية فانها لا تدخل في المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم
يقولون العورة هي السوأة دون ما عداها لقوله تعالى فبدت لهما سوآتهما والمراد به
العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما قاله الامام ابو بكر محمد بن الفضل
الكماري رحمه الله معتمدا فيه على العادة قوله لانه لا معتبر بها اي بالعادة مع وجود
النص جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله وما دون السرة الى منبت الشعر عورة
وقوله وقد روى ابو هريرة جواب عن قول الشافعي ودليل على كون الركبة عورة وقوله

وأبدى الحسن بن علي جواب عن قول أبي عصمة والشافعي وقوله وقال صلى الله عليه وسلم
يجعلهما جواب عن قول أهل الظاهر وقوله ولأن الركبة دليل معقول على كون الركبة عورة
والثاني ظاهر وقوله لأنهما أي النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله ويجوز للمرأة أن تنظر
من الرجل ما ينظر الرجل إليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه وقوله ووجه هذا الفرق
أي فرق ما ذكر في الأصل من جعل عدم نظرها إليه مستحباً وعدم نظره إليها واجباً هو أن
الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالباً ألا ترى أنه وجب العمل بخبر الواحد والقياس
بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لا بتحققهما وأن أبا حنيفة جوز الصلاة في السفينة قاعداً
لأن دوران الرأس فيها غالب وإذا كان كذلك فإذا نظر الرجل إليها مشتهياً وجدت الشهوة
في الجانبين في جانبه حقيقة لأنه هو المفروض وفي جانبها اعتباراً لقيام الغلبة مقام
الحقيقة وإذا نظرت إليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لأن الفرض أنه
لم ينظر ولا اعتباراً لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والمتحقق من الجانبين
في الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة قال وتنظر المرأة من
المرأة هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم ما جاز للرجال أن ينظر إليه من الرجل جاز للمرأة
أن تنظر إليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالباً والغالب كالمتحقق كما في
نظر الرجل إلى الرجل والضرورة إلى الانكشاف فيما بينهن متحققة قال صاحب النهاية أي في
الحمام وهذا دليل على أن لا يمنعن عن الدخول في الحمام ~~وهذا دليل على أن لا يمنعن عن الدخول~~
في الحمام خلافاً لما يقوله بعض الناس لأن العرف الظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء
وتمكينهن من دخول الحمامات دليل صحة ما قلنا وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة
الرجل لأن المقصود تحصيل الزينة والمرأة إلى هذا أحوج من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال
في الأنهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك إلى هذا أشار في المبسوط وقوله كنظر الرجل
إلى محارمه يعني لا تنظر إلى ظهرها وبطنها وغيرهما كما سيأتي قال المصنف والأول أصح لأن النظر
إلى الجنس أخف قال وينظر الرجل من أمته هذا هو القسم الرابع من أقسام نظر الرجل إلى
المرأة والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وفي تقييده من أمته التي
تحل له لا تحرم أمته المجوسية والتي هي أخته من الرضاعة كحكم الأمة في النظر إليها
لأن إباحة النظر إلى جميع البدن مبنية على حل الوطء وينتفي بانتفائه والغرض هو الحال
الحنفي وخصه بالذكر لأن الأصلي نوع بيت من الاقتباس والتنفر وقد قيل هو الأصلي الصالح
وهو قول ابن عمر رضي الله عنه لا أولى أن ينظر في وقت الوقاع روي عن أبي يوسف قال
سألت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته وهي تمس فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك
بأساً قال أرجو أن يعظم الأجر قال وينظر الرجل من ذوات محارمه هذا هو القسم
من ذلك نظر الرجل إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات
محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعي في القديم لا بأس بذلك لأن جعلها
كحال الجنس في النظر وهو تخريج حكم الظهار فإنه ثابت إذا قال لأمته أنت علي كظهر أمي
فلو كان النظر إليه حلالاً لما كان ظهاراً لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وقوله والأصل
فيه أي في جواز نظرها جائز وعدم جوازه في غير ما ذكر قوله تعالى ولا يبدين
زينتهن الآية والمراد والله أعلم مواضع الزينة ذكر الحال وإرادة المحل مبالغة في النهي عن الإبداء

ما كان منهياً عنه فإبداء المتصل أولى وذلك كقوله تعالى ولا تقل لهما أف في حرمة تعرض محلها وقوله
وهي ما ذكر في الكتاب يريد به الوجه وما يدخل في ذلك أي في مواضع الزينة المدلول عليها
بالزينة الساعد والأذن والعنق والقدم كل ذلك موضع الزينة أما الرأس فلأنه موضع
التاج والإكليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والأذن موضع القرط
والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع
الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لأنها ليست من مواضع الزينة وباقي
كلامه واضح وقوله لوجود المعنيين يعني الضرورة وقلة الرغبة فيهن أي في المحرم وقوله في الآية
متعلق بقوله ودليل أن اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا في ثبوتها بالنكاح قال بعضهم
قال لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحاً لأن ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق
النعمة لأنه لما ظهرت خيانته مرة لا يؤمن ثانياً وإلا فضلة لا تأثير لذلك لما يتجاوز بالحرمة عليه
على التأبيد ولا وجه لقوله بثبوت الحرمة بطريق العقوبة لأنها تثبت باعتبار كرامة الولد كما
مر في موضعه ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها لوجود المقتضي للإباحة إلى ذلك في
المسافرة وانتفاء المانع وهو خوف الشهوة وقوله إلا إذا كان يخاف فعليها اعتمادنا من قوله ولا بأس
وكلمة فوق في قوله صلى الله عليه وسلم فوق ثلاثة أيام صلة لأن حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة أيام
أيضاً فكان كقوله تعالى فإن كن نساء فوق اثنتين وإذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة لأن في
المسافرة خلوة قوله فإن احتاج إلى الإركاب أي إركاب ذوات المحارم والأصل في ذلك أنه لا يجوز مس
ما يجوز النظر إليه لكنه جاز لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها ويقول
أجد منها ريح الجنة وكان ذلك لا عن شهوة قطعاً فيجوز المس مع الأمن عن الشهوة ما أمكن قال
وينظر الرجل من مملوكة غيره هذا آخر الأقسام من ذلك وكلامه واضح وقوله علاها أي ضرب علاوجها
أي أعلاها بالدرة وقوله خلافاً لما يقوله محمد بن مقاتل أنه يباح النظر إلا ما دون السرة إلى الركبة ووجه ما
روي عن ابن عباس أنه قال من أراد أن يشتري جارية فلينظر إليها إلا إلى موضع المئزر وتعامل أهل
الحرمين ووجه العامة ما ذكر في الكتاب وقوله وأما الخلوة بها والمسافرة معها يعني إذا أمن بذلك على
نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم وإليه مال شمس الأئمة وقيل
لا يحل لعدم الضرورة وإليه مال الحاكم الشهيد وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد الضرورة فيهن
يعني التي لا عذر لها وفي المحارم مجرد الحاجة أي نفس الحاجة لا الضرورة وقوله ولا بأس أن يمس ذلك أي المواضع التي
يجوز النظر إليها إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهي كذا في المختصر أطلق في الجامع الصغير فقال رجل أراد أن
يشتري جارية لا بأس بأن يمس ساقها وذراعها وصدرها وينظر إلى صدرها وساقها مكشوفين والباقي واضح وقوله
وكذا المخنث في الردي من الأفعال يعني من يمكن غيره من نفسه احترز عن المخنث الذي في أعضائه لين
بأصل الخلقة ولا يشتهي النساء فإنه رخص بعض مشايخنا في تركه مثله مع النساء استدلالاً بقوله تعالى أو
التابعين غير أولي الإربة من الرجال قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء وقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه
وقيل المراد به الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء إنما همته بطنه إذا كان شيخاً كبيراً ماتت شهوته ولا يصح
أن يقال قوله تعالى والتابعين من المتشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم هو محكم فنأخذ
به وإليه أشار المصنف بقوله فالأصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى
~~بالنص وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم فهو محكم فيأخذ به وإليه أشار المصنف بقوله تعالى~~
~~أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص وهو قوله تعالى أو الطفل الذين لم~~

يظهروا على عورات النساء اي لم يطلعوا اي لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمملوك وامض وقوله والمراد بالنص الاماء يريد بالنص قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن فهو جواب عن استدلال مالك والشافعي به قال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير قال في النهاية الملتق اسم السعيد ولم يتبين ... بالنسبة ليبتنا ول السعيدين والحسن وغيرهما سمرة بن جندب لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض وعورض بانه لو نظر الاماء لزم التكرار وبان الاماء لو لم يكن مراده من قوله تعالى او نسائهن وجب ان لا يكون مراده من قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ايضا لان البيان انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا يشكل على احلان للاماء ان تنظر الى سيدتها بمعنى كالاجنبيات والملك لايم يوذ توسعه فلا اقل ان لا يزيد تضيقا واجيب عن الاول بان المراد بالنساء الحرائر المسلمات التي في صحبتهن لانه ليس لمؤمنة ان تتجرد بين يدي مشركة او كتابية كذا عن ابن عباس انه اراد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت او غيرها والنساء كلهن في حل نظر بعضهن الى بعض سواء والمراد من قوله او ما ملكت ايمانهن الاماء وعن الثاني بان حال الامة تقرب من حال الرجال حتى يسافر من غير محرم وكان يشكل انه يباح لها التكشف بين يدي امتها فلم يزل هذا الاشكال بقوله او نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء والباقي واضح

فصل في الاستبراء وغيره

اخر الاستبراء لانه اجزاء عن وطي معتدة والمعتدة بعد المطلق بين الاستبراء الجارية اي طلب براءة رحمها من الحمل او طاس موضع على ثلاثة منازل من مكة كانت به وقعة النبي صلى الله عليه وسلم والاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة اما وجوبه فبحديث سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم ... الاستبراء واجب ... صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع ... الملك المطلق واليد الممكنة منه وذلك لا يكون الا للوجوب واما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص واما علته فهي ارادة الوطي فانه لا يحل الا في محل فارغ فيوجب معرفة براءة واما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانتساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه بماء محترم بان لا يكون من الزنى وانما قيد بذلك لان كان الحكم في غير الحرائر كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حلا للحال على الصلاح واما الحكمة فلا تعلو لاضافة الحكم اليها لاستحالة واما العلة فهمنا فكذلك لان الارادة امر متبطن لا يطلع عليه لانه بعضهن يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطي فانه صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده والتمكن يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا للعلة في المسبية ثم تعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة ... قبل الموجب ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فلا يقتصر عليها فالجواب ان غيرها في معناها حكمة وعلة وسببا فالحق دلالة واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي ان باع ابوه او وصيه وان كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج الى التعرف عن البراءة ومن المراة والمملوك المأذون

له في التجارة وممن لا يحل له وطؤها لكونها اخته رضاعا او ورثها وهي موطوءة ابيه وكذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو استحداث الملك واليد ولا تجزئ الحيضة التي اشتراها في اثنائها وقال ابو يوسف يجزئه لحصول المقصود وهو تعرف البراءة ولا بالتي حصلت بعدها استحداث الملك من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها اي بعد اسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب وما بعده واضح وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب ولا يجب الاستبراء على الابقة يعني التي ابقت في دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند ابي حنيفة لانهم لا يملكونها فلم يحدث الملك وعندهما يجب لانهم ملكوها وقوله صغر الدواعي لافضائها اليه وقوله ولم يذكر الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية امران الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم يحرم بالثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة توجد بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا بعد ان يكون الالحاق دلالة في حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي واكثر الفقهاء فلما كان علتها في المسبية امرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها امران تعاضدا فاعتبرت وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات وقوله وان ارتفع حيضها اي امتد طهرها فاولن الحيض لا يطاها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقعها لان المقصود براءة الرحم وقد حصل بمضي مدة تدل على ان الحمل لو كان لظهر وليس بمقدر في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف الزاد مشايخنا قال الاستين ذلك بشهرين او ثلاثة على ما ذكر في الكتاب الاخر وقيل والاول اصح وهو ان يتركها شهرين او ثلاثة لظهور الحبل في ذلك غالبا وقوله ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج يعني يشتريها اذا زوجها البايع او يقبضها اذا زوجها المشتري قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتياطا عليه لانه في تمشية هذه الحيلة ان يزوجها على ان يكون امرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعني بعد القبض لانه لو طلقها قبله كان على المشتري الاستبراء اذا قبضها في اصح الروايتين عن محمد لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كانه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء وقوله اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء لان المعتبر اذ ذاك ليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء العلة الا ترى ان تزويج المشتري وان كان قبضا حكما لم يعتبر لانه ... للتمكن وقوله كما اذا كانت معتدة الغير يعني اذا اشترى امة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعد لعدم تجدد السبب قال ولا يقرب هذه المسالة ليست من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق في الاستبراء الى حرمة الدواعي وفي هذه المسالة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز ان يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذا من غيره وقوله لان الحيض ممتد شطر عمرها قال في النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة ايام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهو نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما قوله ومن له امتان

قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله تعالى

الحبالى بالكسر هي المراة التي تكون حاملة بعد الجماع

الاجزاء الاكتفاء

لا يجب الاستبراء على الابقة

لعدم تجدد السبب

المظاهر ولا باللمس

احتاج فنقول هذه على ثلاثة اوجه اما ان قبلهما او لم يقبلهما او قبل احدهما فان لم يقبلهما اصلا
كان له ان يقبل ويطأ ايتهما شاء سواء كان استرا اهما معا او على التعاقب وان كان قبل احديهما كان له
ان يطأ المقبلة دون الاخرى واما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا
فالحكم ما ذكر في الكتاب وهو مذهب علي رضي الله عنه عملا بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
وكان عثمان رضي الله عنه يقول احلتهما آية يعني قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما آية يعني قوله
تعالى وان تجمعوا بين الاختين والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك
اليمين قال المصنف ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم ولا يقال يجوز المراد
الجمع بينهما نكاحا فلا يتناول محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطي فحرمة الجمع بينهما نكاحا
دليل على حرمة الجمع بينهما وطيا فوجب ترجيح المحرم والباقي واضح وقوله وكذا الكتابة كالاعتاق
كذا رأيته وقوله فهذا اي انه يحل وطي الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج عن ملكه
الموطوءة لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم تحل فرجها العجز فكان ينبغي ان لا تحل له وطي الاخرى واجيب
بان الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزم العقر بوطي المجاز والحل عاد بالكتابة كو والد بالعتق فيحل له
ان يطأ الاخرى قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وعن عطاء رحمه الله ان ابن عباس
رضي الله عنهما سئل عن المعانقة فقال اول من عانق ابراهيم خليل الرحمن صلوات الله عليه فانه كان
بمكة فاقبل ذو القرنين الى الابطح فقيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال
ذو القرنين ما ينبغي لي ان اركب في بلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم
فسلم عليه ابراهيم فاعتنقه فكان اول من عانق الشيخ ابو منصور وفق بين الاحاديث فقال المكروه
من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف بقوله في ازار واحد فانه سبب يفضي اليها
فاما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص او جبة فلا باس به وعن سفيان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل
يد الغير لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره
القيام وعن الشيخ الامام الحكيم ابي القاسم انه كان اذا دخل عليه احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه
ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت
تعظيمهم تضرروا واما الفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والكلام معهم
في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

فصل في البيع

والملبوس والوطي لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان اكثر اتصالا كان
احق بالتقديم قال ولا بأس ببيع السرقين كلامه واضح وقوله في الصحيح احترز عن
الرواية الاخرى وهي ان الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز وقوله على اي وصف كان يعني حرا كان او
عبدا مسلما كان او كافرا رجلا او امرأة وقوله لما مر من قبل يعني في فصل الاكل والشرب في قوله
ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا
للحرج وقوله لما قلنا اشارة الى قوله على اي وصف كان اجيب بان معنى ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه

وان

وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب الفاسق لمروته او لوجاهته وقوله لان اكبر الرأي يقوم مقام
اليقين يعني فيما هو اعظم من هذا كالفروج والدماء الا ترى ان من تزوج فادخلها عليه انسان
واخبره انها امرأته وسعه ان يطأها اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رأيه انه صادق لص قصد قتله
واخذ ماله وان كان اكبر رأيه انه هارب من لص لم يحل بذلك وقوله الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك
كدرة في يد فقير لا يملك شيئا او كتاب في يد جاهل لم يكن في آبائه من هو اهل لذلك فحينئذ يستحب له
ان يتنزه وقوله وان كان اتاه بها اي بالجارية لان هذا الكلام مبني على قوله ومن علم بجارية انها لفلان
فرأى آخر يبيعها يعني الاتي بالجارية اذا كان عبدا او امة وقال الاخر وهبتها منك او بعتها منك
فلبس للاخر ان يقبلها منه ولا ان يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لان المنافي للملك وهو الرق معلوم
فيه فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء وقوله وان لم يكن له رأي
لم يشترها لقيام الحاجر بالراء المهملة اي المانع فلا بد من دليل وقوله ولو ان امرأة اخبرها ثقة بناء
على ان الطلاق اذا كان طاريا ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان
لم يكن لا بد من انضمام اكبر الرأي الى المخبر له واذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله لان القاطع فيه
والاقدام الاول منه لا يدل على انعدامه فلا يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد
في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان الملك للزوج
فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب
وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى منه والباقي واضح قال واذا باع المسلم خمرا
كلامه واضح وروي عن محمد انه قال هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي فان كان بقضاء القاضي بان
قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه قال ويكره الاحتكار احتكار افتعال من
حكر اي حبس والمراد به حبس الاقوات متربصا للغلاء وقوله فان لبس فهو مكروه في الوجهين يعني في
الاضرار وعدمه وقوله ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا بضعف قيمته وهو تسوية حسن
يمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين وقوله يرى الحجر لدفع ضرر عام كالطبيب الجاهل والمكاري
المفلس وقوله وليس الشرب من ضرورات الحمل لان الشرب قد يوجد بدون الحمل وبالعكس فلا يكون
الحمل مستلزما للمعصية وقوله ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء واضح ولكن في لفظ الكتاب
اشتباه وذلك لانه عند الوديعة فلا فرق حينئذ بين صورة الوديعة والقرض ويجوز ان يحمل قوله
يأخذ منه ما شاء خارجا مخرج المشروط يعني وضعه بشرط ان يأخذ منه ما شاء واما اذا وضعه ولم
يشترط شيئا فهو وديعة ان هلك لم يضمن شيئا

مسائل متفرقة

التعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف في تفسير
قوله جردوا القرآن فقيل المراد به نقط المصاحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف وقيل
هو امر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل انه حث على ان لا يتعلم شيء من كتب الله
غير القرآن لانه غيره انما يؤخذ عن اليهود والنصارى وليسوا بمأمونين عليها وقوله وقد ذكرناه من قبل

من الصلوة

خمسة كورك

يعني في فضل القراءة وقوله ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لان في عيادة المجوسي اختلافا
بين المشايخ فمنهم من قال لا بأس به لانهم من اهل الذمة وهو المروي عن محمد رحمه الله ومنهم من قال
هم ابعد عن الاسلام من اليهود والنصارى الا ترى انه لا يباح ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف
اليهود والنصارى واختلفوا في عيادة الفاسق والاصح انه لا بأس به لانه مسلم والعيادة من حقوق
المسلمين وكلامه واضح قال ومن كان في يده لقيط لا اب له ذكر في النهاية ان قوله لا اب له
ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها
اب فوهب لها الهبة لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم يمتنع قبض الزوج
لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من
وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس
بلازم كذا ذكر فخر الاسلام واموال القنية للنسل او للتجارة وقوله واجارة الصغار في اكثر النسخ
وهو رواية القدوري وفي بعضها واجارة الاظآر وكلامه واضح وقوله ولا يجوز للملتقط ان
يؤاجره يناقض قوله واجارة الصغار ظاهرا فمنهم من حمله على الروايتين فالاول رواية القدوري
كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاظآر كما مر ومنهم من
وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي تعداد
الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة وقوله ولا يجوز ذلك للعم وان كان في
حجره وقوله ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز قال في النهاية اي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في اجارة
العبد وقوله ويكره ان يجعل في عنق عبده الراية يعني الغلام على ان يجعل في عنقه يعلم
بها انه آبق قال في النهاية الراية بالراء لا غلط كذا في المغرب قال وهذا كان في زمانهم عند قلة الاباق
واما في زماننا فلا بأس به لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وقوله يريد به التداوي احترازا عما
لو اراد به التشبيه فانه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته اي باباحة التداوي الحديث قال صلى الله
عليه وسلم تداووا عباد الله فان الله ما خلق داء الا وخلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل
محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعد على الله دون الاسباب قال تعالى لمريم
وهزي اليك بجذع النخلة مع قدرته على ان يرزقها من غير هز كذا ذكر فخر الاسلام وقوله
انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قيل اذا لم يعلم ان فيه شفاء واما
اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه
ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغني
بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون بالحرام وانما يكون بالحلال
قال ولا بأس برزق القاضي اذا قلد السلطان رجلا القضاء لا بأس ان يعين له رزقا بطريق الكفاية
لا ان يشترط ذلك في ابتداء التقليد لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن اسيد رضي
الله عنه الى مكة وفرض له اربعين اوقية في السنة والاوقية بالتشديد اربعون درهما وتكلموا
في انه صلى الله عليه وسلم من اين فرض له رزقه ولم يكن حينئذ يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان
الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه فقيل انما رزقه من الفيء وقيل من المال الذي اخذه
من نصارى نجران ومن الجزية التي اخذها من مجوس هجر وقوله على اختلاف معروف في نفقة
المرأة يعني على قول محمد يجب رد حصة ما بقي من السنة وعلى قول ابي يوسف لا يجب قياسا على
نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة ثم مات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند

محمد خلافا لابي يوسف وقوله لا بأس ان يسافر الامة الى الحرم قيل هذا اذا كان في الابتداء اما الآن
يكره ذلك لغلبة اهل الفسق وقوله وقد ذكرنا من قبل اشارة الى ما ذكر قبل فصل الاستبراء بقوله
واما الخلوة بهما والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب
ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسبب للخصب في اقوات الانام ومشروعيته بقوله صلى
الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له وشروطه ستذكر في اثناء الكلام وسببه تعلق
البقاء المقدر كما مر غير مرة وحكمه تملك المحيي ما احياه قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي
شبه ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك بان
غلب عليه الرمال او صارت سبخة بالميت من الحيوان الذي بطلت منافعه فسمي مواتا
واحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به قال فما كان منها عاديا ليس المراد به ما يقتضيه
ظاهره من لفظه من ان يكون منسوبا الى عاد لان عادا لم يملك جميع اراضي الموات ولكن المراد
ما قدم خرابه كما ذكره في الكتاب وقوله او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه قول
بعض المشايخ وقال بعضهم الاراضي المملوكة اذا انقرض اهلها فهي كاللقطة وقوله واذا لم
يعرف مالكه من تتمة قول محمد رحمه الله وقوله فيكون الحكم عليه اي على القرب مرجح حكمي يفهم من قوله
قريبا وقوله ثم من احياه واضح وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع تقريره ان
المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله صلى الله عليه
وسلم من قاء او رعف في صلاته فلينصرف والآخر كقوله من قتل قتيلا فله سلبه اي الامام ان
يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك منه صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين فيجوز ان
يكون قوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا مواتا فهي له من ذلك القبيل وحاصله ان ذلك
يحتمل التأويل وما ذكره ابو حنيفة مفسر لا يقبله فكان راجحا وفيه وجه آخر وهو ان قوله
صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له يدل على السبب فان الحكم اذا ترتب على المشتق
دل على علية المشتق منه لذلك الحكم وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا باذن الامام وقوله صلى
الله عليه وسلم ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله والاصح انه ينزعها
من الثاني بيان ان المشايخ اختلفوا في ان احياء الموات يثبت ملك الاستغلال او ملك الرقبة
فذهب بعضهم منهم الفقيه ابو القاسم احمد البلخي الى الاول قياسا على من جلس في موضع مباح
فان له الانتفاع به فاذا قام عنه واعرض بطل حقه وعامتهم الى الثاني اشد الا ان الحديث قد اضاف
باللام التمليك في قوله فهي له وملكه لا يزول بالترك ولقائل ان يقول الاستدلال بالحديث على مدعيهما
صحيح واما على مذهب ابي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال
به والجواب انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا ترى ان من قال له الامام من

قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله ليعيّنها لتطرقه لانه حين سكت عن الاول والثاني
والثالث صار الرابع طريقا له فاذا احياه الرابع فقد احيى طريقه من حيث المعنى فيكون له دونه
طريق قال ويملكه الذمي المسلم والذمي سيّ حكمه ما احيا سواء لاستوائهم في السبب يوجب الاستواء
في الحكم كما في ساير اسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على اصلنا
كالمسلم مال الكافر قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل
في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كونه مفيدا الملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى ثلاث سنين
وقيل لا يفيد وهو مختار المصنف اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر
فيما اذا احياها انسان آخر قبل مضي ثلاث سنين واحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول
ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق بعد ثلاث سنين فيكون
له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحة
ما ذكر في الكتاب والجواب عن التمسك بالاثر ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة وقوله من غير
ان يتم المسناة هي ما يبنى للسيل لرد الماء وقوله وفي الاخير بير يحفر البير ورد الخبر وهو
ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر من بير مقدار ذراع فهو متحجر وقوله
لتحقق حاجتهم اليها حقيقة يعني عند محمد او دلالة عند ابي يوسف وقوله على ما بينا
اشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الى آخره وقوله لا يجوز
ان يقطع الامام يعني لا يقطع السلطان رجلا ارضا اي اعطاه اياها وخصصه بها وقوله لما ذكرنا
اشارة الى قوله لتحقق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل ومبركها وقوله الاربعون من كل الجوانب يعني
يكون في كل جانب عشرة اذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا
لماشيته بظاهره يجمع الجوانب الاربع والصحيح انه من كل جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر
عن صاحب البير لئلا يحفر احد في حريمه بيرا اخرى فيتحول اليها ماء بيره وهذا الضرر لا يندفع
بعشرة اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف بالصلابة والرخاوة وفي معنى الاربعين ذراعا
من كل جانب يتيقن بدفع الضرر فيندفع بعشرة اذرع من كل جانب واما الناضح البعير وقوله لما
روينا يريد به قوله من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا من غير فصل يعني بين العطن والناضح
واعترض بانه مقيد بقوله عطنا لماشيته فيكون قد فصل بين العطن والناضح واجيب بان ذكر
ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد فان الغالب في انتفاع الابار في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر
العطن وكر الجميع الانتفاع عادة كما في قوله تعالى وذروا البيع لما ان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذلك
قوله تعالى الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن الغالب من امور
الاكل فاخرجه على ما عليه الغالب والدليل على ذلك ما روى ابو يوسف قال ثنا اشعث بن سوار
عن الشعبي انه قال حريم البير اربعون ذراعا من ههنا وههنا لا يدخل عليه احد في حريمه وفي
مائه وقوله والعام المتفق على قبوله والعمل به يريد به قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بيرا الآية
كلمة يقيد العموم اولى عنده اي عند ابي حنيفة من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد به حديث
الزهري حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم الناضح ستون ذراعا
ورد عموم الاول بان معناه من حفر بير العطن فله مما حولها اربعون ذراعا وهو خاص بالعطن
كما ترى واجيب بان عطنا ليس صفة لبير حتى يكون مخصصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين
ليكون كافيا لمقتضى القياس فانه يابى استحقاق الحريم لان عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه

بالعمل

بالعمل ففي موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه به فان قيل فاتركه في الناضح ايضا بحديث الزهري
لئلا يلزم التحكم قلنا حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس فحفظناه
وقوله لما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم حريم العين خمسمائة ذراع وقوله والذراع
هي المكسرة يعني ان يكون ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن
ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة بقبضة وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر في كتاب الطهارة من
قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فالمساحة هي المكسرة قال فمن اراد ان يحفر في حريمها لا كلام فيه
والغم وقوله ان يطمه اي يصلحه ويكبسه من باب اعجبني زيد وكرمه في كون العطف للتفسير فان
اصلاحه كبسه قوله وذكر طريق معرفة النقصان وهو ان يقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعده
فيضمن نقصان ما بينهما والقناة مجرى الماء تحت الارض يسمى بالفارسية كاريز قوله وبه ورد
الحديث يريد به ما روي ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء آخر فاراد ان يغرس شجرة اخرى
بجنب شجرته فشكى صاحب الشجرة الاولى الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي صلى الله عليه
وسلم من الحريم خمسة اذرع واطلق الآخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام في
مبسوطه قال ومن كان له نهر في ارض غيره ذكر في شرح الطحاوي لو ان نهر الرجل وارضا على شاطئ
النهر لآخر فتنازعا في المسناة فان كان بين الارض وبين النهر حايل كالحايط ونحوه فالمسناة
لصاحب النهر بالاجماع وان لم يكن بينهما حايل قال ابو حنيفة هي لصاحب الارض ولصاحب النهر
فيها حق حتى ان صاحب الارض اذا اراد رفعها اي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال
ابو يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج
الى كريه في كل حين اما الانهار الصغار التي يحتاج الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكر في
النهاية وظاهر كلام المصنف ينافيه وقوله فيكون له حريم اعتبارا بالبير يعني بجامع الاحتياج
فان استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر كما في البير والعين فيتعدى الحكم منهما
اليه ولهما ان القياس يابا على ما ذكرناه يعني قوله ولان القياس يابى استحقاق الحريم الى آخره
وفي البير عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل فلا يصح تعديته وقوله والحاجة
الى الحريم فيه اي في الاستصحاب مما يقابلها لانه على خلاف القياس فيلحق به دلالة ووجهه ان الالحاق
بالدلالة انما يكون للادنى بالاعلى او المساوي والامر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم
اي في البير اعني القليب فوق الحاجة اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا
يمكن في البير الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق وقوله ووجه البناء الى قوله والقول
لصاحب اليد من جهتهما وقوله بعده اشتغالها الآخر من جهة ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه
وقوله اما صورة فلاستوائهما يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم يكن المسناة مرتفعة على الارض
فاما اذا كانت المسناة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ارتفاعه لالقاء الطين عليه وقوله
يقضي للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه هو الموعود بقوله على ما نذكره وقوله والقضاء في موضع
الخلاف اي في مسئلة من كان له نهر في ارض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك فلو اقام صاحب النهر البينة
بعد هذا على ان المسناة ملكه تقبل بينته ولو قضى ملكه لما قبلت بينته لان المقضي عليه في حادثة
قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله ولا نزاع فيما به استمساك الماء جواب عن قولهما ولهذا
لا يملك صاحب الارض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لانه يتبين به موضع الخلاف وقوله ليس
لاحدهما عليه اي المسناة بتاويل الحريم والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المآب

فصل في مسائل الشرب

فصل في المياه لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل على فصل الكري لان المقصود هو الما والشفة اصله شفهة استثقلت الها تخفيفا والمراد لها هاهنا الشرب بالشفاه وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفراة نهر الكوفة وضفة النهر بالكسر والفتح جانبه وذلك ثلاثية في قوله صلى الله عليه وسلم من صام رمضا واتبعه بست من شوال الحديث والصوم يتحقق في الايام لا في الليالي ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام انثه وقوله صلى الله عليه وسلم شركا يريد به الاباحة في الما الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والابار والانهار واما الكلا فهو ما لا ساق له واما النبت في ارض مخصوصة فيها بكري الارض وسقيها فان كان الاول فمباحا للناس الا ان له ان لا يدخل ملكه الا باذنه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما ان يخرج له صاحب الارض او يأذن له بالدخول وان كان الثاني فهو احق به وليس لاحد ان ينتفع بشي منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب واما النار فقد تراد بها الارض ليس لاحد حق فله ان يستضي بنارها من حيث الاصطلا بها وتجفيف الثياب وان يعمل بضوئها واما اذا اراد ان ياخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك في اوحطب قد احرزه الموقد فليس مما يثبت فيه الشركة وكلامه واضح لانه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل يريد به قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركا في ثلاث وقوله حتى لو سرقه انسان لم يقطع اعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشيا كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب بانه بالحديث يؤدي الى العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض لان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى هو الذي خلق لكم الاية ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على ان المراد به غير ما دل عليه الخصوصات وقوله وقيل له ان يمنع اعتبارا بالسقي المزارع والمشاجر ذكر في المبسوط واكثرهم على انه لا يمنع في مثل هذه الصورة لان الشفة ما لا يضر لصاحب النهر والبير فاما ما يضر ويقطع فله ان يمنع ذلك وقوله ولهم ان ياخذوا منه اي من الجدول الصغير علم من وضع المسئلة فيه وقوله في الصحيح اشارة الى اختلاف المشايخ فان منهم من قال لا ياخذون الما منه للوضوء وغسل الثياب لان الشركة تثبت في حق الشفة لا غير والصحيح جوازه دفعا للحرج وقوله له ذلك في الاصح احتراز عن قول بعض المتاخرين من ائمة بلخ اذ قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث وقوله لان الما متى دخل في المقاسم

اي حتى دخل في قسمة رجل بعينه قوله بواحد منهم اي بالكلية

فصل في كري الانهار

لما فرغ

لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كري الانهار لان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكري امرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام اخر ذكره ووجه الحصر على الثلاثة ظاهر لان النهر اما ان يكون عاما من كل وجه او خاصا كذلك او عاما من وجه خاصا من وجه اما الاول فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة واما الاخران فقد فصل المصنف بينهما باستحقاق الشفعة وقد تقدم ذلك فيها وقوله الا انه يخرج له اي للكري من كان يطيقه اي الذي يقدر على العمل ويجعل مؤنته من يطيقه المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنيا قوله ولا يبالى بعوض بعضهم حصته من الشرب فلا يعارض به اي فلا يعارض الضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيتحمل ضررا ويجب السعي في اعلامه وان بقي الضرر الخاص وقوله خيفة الانشقاق يقال انشق السيل موضع كذا اي خرقه وسلعه وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الآبي على قول الثاني وهو قول ابي بكر الاسكاف وقيل لا يجبر فهو قول ابي بكر بن سعيد البلخي وقوله فاستوت الحقيقتان يعني في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاخبار في النهر الثاني فان من ابى من اهله يجبر عليه هناك لان احد الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الآبي دفعا للضرر العام عن غيره وقوله ولا يجبر لحق الشفعة جواب عما يقال ان في كري النهر الخاص احيا حق الشفعة للعامة فيكون للعامة في ذلك الكري حق فينبغي ان يجبر الآبي لحق اهل الشفعة كما امتنع جميع اهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون على الكري لحق اهل الشفعة وقوله ومؤنة كري النهر المشترك عليهم ظاهر وقوله فلا يلزمه انتفاع غيره قال في النهاية الصواب نفع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع وقوله لانهم لا يحصون يعني فكانوا مجهولين والله اعلم

فصل في دعوى الشرب والاختلاف

والتصرف فيه

لما قرب فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب يجوز دعوى الشرب بلا ارض استحسانا قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الشهادة والشرب مجهول لا يقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله ترك على حاله معناه ان لم يكن له ذلك وقوله فان لم يكن في يده يعني بان لم يكن منتفعا لا باجراء الما فيه او لم يكن اشجاره في طرفي النهر فعليه اي فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له او كان يدعي رقبة النهر او انه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها اذا كان يدعي الاجرى في هذا فاذا اقامها يقضى له لاثباته بالحجة ملكا له يعني في الاول او حقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله فحكم الاختلاف فيها اي في اختلاف المدعيين في الامور المذكورة نظير اي نظير الاختلاف في الشرب وقوله لان الانتفاع بشفتها فيتقدر بقدره معارض بانهم قد استووا في اثبات اليد على الما الذي في النهر والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق واجيب بان اثبات اليد على الما انما هو بالانتفاع بالما ومن له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في اثبات اليد وقوله لم يكن له ذلك ان لم يكن لصاحبه على السكر لما فيه اي في السكر ابطال حق الباقين ولكن يشرب من حصته يعني من غير سكر وقوله الا انه اذا تمكن

من ذلك يعني اذا اصطلحوا على السكر ليس لمن يسكران يسكر مما ينكبس به النهر كالطين ونحوه اذا امكنه
ان يسكر بلوح او خشب وباب لكونه اضرارا بهم يمنع كما فصل عن السكر الا اذا رضوا بذلك فانه لم يكن
لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شي يبدا اهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى
ان يسكروا لان في السكر احداث شي في وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك مما بقي حق جميع الشركا وحق
اهل الاسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود
رضي الله عنه اهل الاعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك ومن لم يمكنه طاعته فهو امير قوله
والدالية والسانية نظير الرحى الدالية جذع طويل مركب تركيب مداق الارز وفي راسه مغرفة
كبيرة يستقى بها والسانية البعير يستقى من البير والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب
والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والاجر موضوعا لا يرفع وكذا لا يتخذ له في ملك مشترك فلا يمكنه الا
برضاهم سوا كان منهم او من غيرهم قوله وكذا اذا كانت القسمة بالكوى الكوة ثقب البيت وجمع
كواء بالمد وكوى مقصور ويستعار لمفاتح الما الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه
ليس له ان يوسع الكوة وقوله وكذا اذا اراد ان يوخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه اي
من فم النهر وهذا تقدير اتفاقي والغرض للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوة
في فم النهر فاراد ان يوخرها عن صفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بلا لوح
ومعنى قوله يسفل كوة اي يجعلها اعمق مما كانت وهي في ذلك الموضع او يرفعها الى وجه الارض
وقوله وهو نظير طريق مشترك يعني من حيث انه يزيد في الشرب ما ليس منه حق في الشرب
ويزيد من المارة من ليس له حق في المرور وقيد بقوله ساكنا غير ساكن هذه الدار لانه
لو كان ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح بابا الى دار اخرى وقوله وكذا اذا اراد ان يقسم
الشرب مناصفة بينهما بان يقول الشريك اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان في
حصتي سددت ما بدا لي منها وانت في حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعدما كانت القسمة
بينهما بالكوى لان الانتفاع بالما في القسمة الاولى مستدام وفي الثانية في بعض المدة وربما
يتضرر ذلك لصاحب السفل وقوله لانه اعارة لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من
الشرب من النهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته به
باطل واذا كانت عارية فللمعير ان يرجع متى شا وقوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه
بناء على ان الورثة خلفا الميت فيقومون مقامه في املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته
لا يستلزم عدم جواز ذلك الا ترى ان القصاص والدين والخمر كذلك يورث وان لم يكن بالبيع
ونحوه والوصية اخت الميراث وقوله بعينه احترازا عن الايصا ببيع الشرب كما ذكره ولحاصل
ان الشرب بغير الارض لا يملك بشي من العقود فاذا سماه في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل
واذا سماه في الخلع صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعى على
دعواه اذا لم يكن عن قصاص فان كان بطل القاتل الدية وارش الجراحة وقوله هو الاصح اشارة
الى وجود الاختلاف فان العلما اختلفوا في كيفية قضا الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السبيل
في ذلك ان يقال المقومين ان العلما قد اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشتري هذا الشرب وقال بعضهم
بضم هذا الشرب الى جريب من الارض من اقرب ما يكون من هذا الشرب فينظر بكم يشتري مع الشرب
وبكم يشتري بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك
الما فيه في كل نوبة ثم يبيع الما الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك واختار المصنف ما ذكره في

الكتاب

الكتاب وقوله او مخرها قال في الصحاح مخرت الارض اي ارسلت الما فيها وقوله لانه غير متعد
فيه يلوح الى انه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدي انما يكون اذا سقى ارضه سقيا يسقى
مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقيد ان كان بجاره تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم
لم يضمن اعتبارا بالحائط
المائل والله اعلم

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته لاحيا الموات
ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى
وشكر انعامه فان قيل ما بال الحل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك اجيب بان السكر حرام في جميع
الاديان وحرم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله لئلا نقع في المحظور ونحن مشهود لنا
بالخيرية فان قيل هذا لاحرج علينا والداعي المذكور موجود اجيب اما ان الشهادة بالخيرية
لم يكن الا بذاك واما التدريج الظاهر لئلا ينفر من الاسلام وسمي هذا الكتاب بها وهي جمع شراب
اسم لما هو حرام منه عند اهل الشرع لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر
وهي عصير العنب اذا غلا واشتد والمراد بالاشتداد صلاحيته للاسكار وكلامه واضح وقوله
وعند البعض الناس بريك الكل والنافع وقوله فيما ذكرناه اشارة الى التي من ما العنب وقوله في
غيره اي واشتهر في غير التي من ما العنب ذاصار مسكرا غير لفظ الخمر كالمثلث والطلا والباذق
وقوله ولان حرمة الخمر قطعية يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فيكون قطعية وكما هو قطعي لا يثبت
الا بقطعي وكون التي من ما العنب خمرا قطعي بالاخلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيهم اختلافا بين
العلما وادنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فيكون الحرمة قطعية وما اتى عليها ظني وقوله
وانما سمي يعني عن التي خمرا لتخمره اي لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرة
العقل وان سلمنا انه مشتق منها لكن لا يباين في اختصاصه بالتي من ما العنب لجواز ان يكون
المشتق مخصوصا فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا والقارورة مشتقة من القرار
ولا يستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار ونظائره كثيرة وقوله والحديث الاول يريد به كل مسكر
خمر روي عن يحيى ابن معين انه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم احدها قوله لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضا والثالث كل مسكر
خمر وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال احمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين
فليس بحديث وقوله والثاني يريد به الخمر من هاتين الشجرتين اريد به الحكم يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه
في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان
الحقائق وقوله وقيل يوخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا يعني وفي الحد يوخذ بقذف الزبد
احتياطا ايضا وقوله وهذا اي انكار حرمتها كفر من المنكر وان كان قال لا الحرمة السكر لانه جحود الكتاب
يعني قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم منتهون وقد ذكرنا دلالته على ذلك
في الاشراق شرح مشارق الانوار على احسن ما يكون فليطلب ثمة وقوله وقد جاءت السنة متواترة معناه

جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر احاديث كثيرة تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها ان لم يبلغ حد التواتر
فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة علي رضي الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله وكذا
من خواص الخمر يعني دعا القليل الى الكثير قال في المبسوط من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء ولا يزيد
على اللذة في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد باستكثار منها وقوله لانه خلاف السنة المشهورة
يعني ما روى ابن عباس رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل
شراب ولما كان حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها الى غيرها وقوله حتى لا يضمن متلفها
لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا فيها فقيل يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شريب يخوف عليه الشرب
واما اذا كان عند صالح فلا يباح لانه يخللها وقوله والسابع حرمة الانتفاع بها يريد التداوي بالاحتقان
وسقي الدواب والاقطار في الاحليل وقوله الا ان حكم القتل قد انتسخ يعني قوله صلى الله عليه وسلم
لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث الحديث وقوله على ما قالوا قال شيخ الاسلام خواهر زاده
لم يذكر محمد انه اذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال ويجب ان لا يجب عليه الحد لانه
ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو التي من ماء العنب وهذا ليس بنيء وقوله والمنصف منه ويجوز ان يكون
منصوبا عطفا على قوله الباذق اي يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثيه ويسمى المنصف ايضا لانه قال الاشربة
المحرمة اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان الباذق غير
المنصف لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب اقل من ثلثيه
لانه اعم من ان يكون منصفا او غيره والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا
لقال ايضا وقوله وهو النيء من ماء التمر اي الرطب انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اليابس نبيذ
التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء وقوله فهو حرام مكروه
اردف الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر
وقوله ويدل عليه ما رويناه من قبل يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين واشار
الى الكرمة والنخلة وقوله والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة لانها مكية وحرمت
الخمر بالمدينة ويحتمل ان يكون المراد بالآية الامتنان كما قال الخصم وقيل اراد به التوبيخ
معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا وقوله وقد بينا المعنى
من قبل يريد به قوله ولنا انه رقيق ملذ مطرب الى آخره وقوله عن ابي حنيفة يعني عند ابي حنيفة تجب قيمتها
لا مثلها اذا اتلف المسلم خمر الذمي على ما عرف ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام واورد رواية الجامع
الصغير وهو قوله وما سوى ذلك من الاشربة اي ما سوى ما تقدم من الانواع المذكورة وهو الخمر والسكر
ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لبيان ان العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد
في غيره وقوله وقال فيه يعني في الجامع الصغير **قال** ولا بأس بالخليطين الخليطان ماء التمر والزبيب
اذا خلطا فطبخ بعد ذلك ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد والعجوة التمر الذي يغيب فيه الضرس
لجودته وقوله يحمل على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء يعني ان النهي عن الجمع بين التمر والزبيب كان في
الابتداء وقت كان بالمسلمين ضيق وشدة في امر الطعام كيلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره
جائعا بل يأكل احدهما ويؤثر بالآخر على جاره ثم لما وسع الله تعالى على عباده النعم اباح الجمع بين النعمتين
وقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى قوله لان قوله لا ينبذوا الحديث قيل ويجوز ان يكون اشارة
الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الاشربة ليست
بمتخذة مما هو اصل الخمر وقيل اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك

وباقي

فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار ح

وقيل لا يباح صح

مخرج البول

آخر الحديث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق

يسمى صح

الباذق بكسر الذال وفتحها ما طبخ من عصير العنب ادنى طبخة فصار شديدا قاموس

لان قليله

وباقي كلامه واضح وقوله وعن محمد مثل قولهما اي مثل قول ابي حنيفة وابي يوسف مذكور في النوادر ولنا
اي لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد وفي بعض النسخ ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف وقوله ولان
المفسد اي للعقل هو القدح المسكر وهو حرام عندنا لا ما قبله فان قيل القدح الاخير ليس بمسكر على
انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا اجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكما وفيه
نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة والاولى ان يقال الحرام
هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح حقيقة وهي مرادة فلا يكون المجاز مرادا وقوله
انما يحرم القليل منه اي من الخمر جواب سؤال يرد على تقريره على هذا الوجه وهو ان يقال لما كان المفسد
هو الاخير دون ما تقدم وجب ان يكون في الخمر ويجوز ان يكون جوابا عن قولهم ولان المسكر
يفسد العقل فيكون قليله ككثيره بطريق وهذا واضح ووجه الجواب على الاول ان القياس كذلك
ولكن تركناه لان الخمر لرقتها ولطافتها تدعو الى الكثير فاعطي القليل حكم الكثير والمثلث ليس
كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله والحديث الاول يعني قوله كل مسكر
خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح
الاخير وقوله والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق الى ان ذكر اسمه
لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه ابو يوسفي ويعقوبي لان ابا يوسف كثيرا ما كان
يستعمل هذا ومنهم من سماه بختجا وحميديا قال لانه منسوب الى رجل اسمه حميد وهل يشترط
لاباحته عندهما بعدما صب فيه واختاره المصنف وقوله او يذهب منهما يعني تارة يذهب
الماء اولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث
لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما
معا واحتمل ذهاب الماء اولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب اقل من ثلثي
العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب على القطع
والثبات وقوله يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة هي رواية الحسن عنه وانكرها
المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف قال سمعت ابا حنيفة يقول
انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا اصح لما ذكره في الكتاب **قال** ولا بأس بالانتباذ في الدباء
حتى آخر اهل العلم الانتباذ في الدباء وهو القرع والحنتم وهي الجرار الخضر او حمر يحمل فيها الخمر الى
المدينة الواحدة حنتمة والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والنقير وهو الخشبة
المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد
في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحوم الاضاحي ان تمسكوها فوق ثلاثة ايام فامسكوها ما بدا لكم
وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم فاشربوا في كل ظرف فان
الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولكن انما يتخذ فيه ان كان فيه خمر لعدم التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ
الاسلام في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد في هذه الظروف اكثر
مما تشتد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم **قال** واذا تخللت الخمر يعني
ان خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها او خللت وقال الشافعي ان كان التخليل بالقاء شيء فيها كالملح
وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ان ما
القي في الخمر يتنجس بملاقاة الخمر والنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما تخللت بنفسها شيء من ذلك
ودليله على احد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله صلى الله عليه وسلم نعم الادام الخل وهو بتناول

بهذا المفسد صح

حراما ح

محمول

ادنى طبخة

الماء اولا كان الذاهب صح

والمزفت

الخمر

بشيء طرح فيها صح

اذا ح

المخلل والمتخلل لا محالة ولان التخليل اصلاح المفسد ان لم يكن واجبا فلا اقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله وكذا الصالح للصالح يجوز ان يكون المخلل صالح المصالح والصالح للصالح مباح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد جواب عن قولهما ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه انه على جهة التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالاراقة جائز فبالتخليل اولى لما فيه من احراز مال الصبر حلالا وهذا ظاهر وما بعده الا المكابرة والله اعلم فان قيل فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن اريقها حين سأله ابو طلحة عن تخليل خمر ايتام عنده وبما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يتخذ الخمر خلا اجيب عن الاول بان ذلك في ابتداء التحريم فعالهم ان يجتزوا حول الخمر كما حرم الانتباذ في الاوعية المذكورة مع تحريمه ثانيا بان الفرق لا يحرم ويوضحه انه صلى الله عليه وسلم امر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني ان المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به الاستعمال وكما نزل قوله تعالى اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال صلى الله عليه وسلم اليس كانوا يأمرون وينهون فتطيعونهم قال نعم فقال هو ذلك ففسر الاتخاذ بالاستعمال ودردي الخمر وعكرها ما بقي في اسفله ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به وانما خص الامتشاط لانه له تاثير في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى المعنى المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا يحد شارب الدردي ان لم يسكر خلافا للشافعي فان عنده جزء من الخمر فيجب الحد وكنا الى الآخرة واضح

فصل في طبخ العصير

لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تعليلها للابقاء على حاله والدورق مكيال للشراب وهو معجمي قوله وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه قال في النهاية كان محمدا علم ان العصير على نوع منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء او لا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا فقسم الجواب فيه تفصيلا وحاصله ان الماء متى كان اسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله ففي الوجه الاول يعني ما يذهب فيه الماء اولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته ان تجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة اسهم لانه يحتاج الى ان يجعل عشرة دوارق عصير على ثلاثة لحاجته الى الثلث والثلثين فيكون الماء كذلك والعصير ثلاثة والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء اولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه مما بقي العصير لا غير وهو ثلاثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد فهو تسع الكل وقوله وفي الوجه الثاني يعني الذي يذهب الماء والعصير معا يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فيهما وما لو صبت الماء في العصير بعدما صار مثلثا سواء وقوله يحل لانه اثر النار فما لم

طبخ عصيرا حتى ذهب ثلثاه خامسه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب تمام الثلثين فلا بأس به كله لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعدما قطع عنه اثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء وهذا بخلاف ما برد قبل ان يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء فانه لا يحل لان الغليان بعدما انقطع عنه اثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله بيانه عشرة ارطال عصير الخ قوله عرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وهذا لان الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شيء تسعة ارطال نعرفنا ان كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي اتساعا فاذا انصب منه ثلاثة ارطال فهذا في معنى ثلاثة ارطال وثلاثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة ارطال وستة اتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل وقوله ولها طريق آخر قيل هو ان يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال لجعلنا عشرة ارطال وثلث رطل فاذا اريق ثلاثة فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا يتعلق بالذاهب عينا بالحلال والحرام وكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل فبقي ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لاحتياجك في الحساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت ارطال الحلال ثلاثين سهما وكذا ربع ثلثه وهو عشرون وهو رطلان وتسعا رطل والله اعلم

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون التفرج والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما ان يكون محرما او لا فان كان فهو حرام وان لم يكن فاما ان يصطاد في الحرم او لا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو ان يكون من اهل الذكاة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا يأكل منه وخمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء الا السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه وان لا يكون متقويا بانيابه او مخلبه وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب ما نص على انه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل لكن

لكن ادركه حياً فذبحه وكذا اذا لم يمت لهذا لكنه ذبحه فهو صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا فان ادنى مرتبة الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فانه يدل على الحل اذا زال الاحرام وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه احل لكم صيد البحر لكان انسب واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم ينكر احد في اباحته فكان اجماعا وقوله لانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاحتطاب استدلال بالمعقول

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آلة الصيد فيهما حيوان وفي الرمي جماد وللعامل تقدم على المفعول قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم وسائر الجوارح المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذئب والدب والخنزير لكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لا حاجة الى بيانه والباقية ان امكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والدب لان من عادتهما انهما اذا امسكا صيدا لا يأكلانه في الحال والتعليم انما يتحقق بترك الاكل ولا يعلم انه ترك عادة او تعليما ولان التعليم بان يمسك الصيد والاسد لعلو همته لا يفعل ذلك والدب لخساسته ولهذا استثناهما ابو يوسف والحق بعضهم الحدأة بالدب لمعنى الخساسة واما ورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير على الاثبات والنفي جميعا والاصل في ذلك اي في جواز الاصطياد بالمذكور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله احل لكم الطيبات تقديره وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وهاهنا قد دل لان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح معطوفا لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين وغيرها قال الله تعالى ام حسب الذين اجترحوا السيئات وانما قال في تأويل لانه في تأويل الجوارح التي هي من الجراحة والمكلبين بمعنى المسلطين صيدا ولا يدل بعمومه ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد لا يجوز الاصطياد الا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين واستدل المصنف على صحة التأويل بعموم حديث عدي بن حاتم وقالوا اسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله صلى الله عليه وسلم في دعائه اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فافترسه الاسد وقوله وعن ابي يوسف متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله ولان آية تعلمه ترك ما هو مألوفه عادة

ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة

فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فانه مستوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء والمعتمد هو الاول ولو شرب من دمه لا لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا اريد الفرق بينهما فالمعتمد هو الاول وقوله كما في قصص بعض الاخيار قيل اراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقوله وهو المروي عن ابي حنيفة في جنس المقادير نحو حبس الغريم وحد التقادم وتقدير ما غلب على الظن وقوله ولانه آية تعلمه عنده اي ان ترك الاكل علامة تعلمه عند الثالث لانه انما يحكم لكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه واذ حكمنا انه امسكه على صاحبه وقد اخذ بعد ارسال فيحل وقوله في ظاهر الرواية يريد به رواية الزيادات فانه قال لو قتل الكلب والبازي الصيد من غير جرح لا يحل واشار في الاصل الى انه يحل والفتوى على ظاهر الرواية وقوله في تأويل اي ما اولناه اولا وهو قوله والجوارح الكواسب في تأويل وبالعقد لكنه يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح من الكاسب يعني يجمع في الآية بين التأويلين لعدم التنافي بينهما ثم فيحمل على احدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينهما ثم فيثبت الجمع اخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اراد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي هاهنا وفيه نظر لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الاخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناولهما والجمع بالتواطؤ وقوله وفيه اي في الجارح الكاسر اخذ باليقين وقوله رجوعا الى التأويل الاول يعني ما سبق من الكواسب وقوله وجوابه ما قلنا يعني قوله لا منافاة بينهما وفيه اخذ باليقين وقوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه يعني حديث عدي رضي الله عنه فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال في صيد الكلب وان اكل منه وذلك دليل واضح لهما اجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا يأكل منه وحين اكل منه دل على انه امسكه على نفسه وقوله على الاختلاف الذي بيناه ابتداء اراد ما ذكر انه يحل عندهما ما اصطاده الثالث الى الرابع وقوله واما الصيود التي اخذها من قبل فاصح وحاصل ذلك ان في المحرز الذي لم يؤكل ان ابا حنيفة يحكم بجهله مستندا وهما يقولان بالاقتصار على ما اكل لان ما احرزه المالك لا يحكم بالحرمة وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض باجتهاد آخر مثله بعده والجواب ما قال ان تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل ذلك ينقض بالاجتهاد كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء وما قال ابو حنيفة رحمه الله اقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا باع شيئا من صيوده المتقدمة وحكمه انه كالتي في الخلاف اذا تصادق البائع والمشتري على جهالة الكلب وقوله ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد يعني بعدما رجع الى صاحبه لم يؤكل واما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتفاء الارسال ومسألة الوثبة في الكتاب معلوم وطلب بالفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اذا اكل بعدما قتل فان المسك كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج انصافا بسله واجيب بانه اولى لم يعرض بالاكل حتى اخذ صاحبه دل انه كان ممسكا وانتهاشه منه ومن لحم في حالة صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ فقد كان ممسكا على نفسه قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه المرسل ان ادرك الصيد حيا فلا يخلو اما ان يمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة او خفية فان ذبح حل في قول اصحابنا جميعا وكذا الحكم في البازي والسهم وذلك

حصول المقصود بالبدل ثبت الامر الاكل موته والقدرة على الاصل قبل

لانه قدر على الاصل قبل ذلك به يبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم آلة او ضيق الوقت فاما ان يكون فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح او لا فان كان لم يوكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يوكل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ الغرض القطع بتمكنه من الذبح فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية انه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره اي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في اكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فادير على ما ذكرنا من ثبوت اليد على المذبوح وان لم يكن الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح بل كانت مقدارا ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات اكل لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح اي ليس بمحل للذبح فلم يثبت يده على المذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح فقالوا ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يوكل لانه مفرط وان كان لضيق الوقت لم يوكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قال الامام لم يقدر على الاصل على تقرير ان كان حلالا وقلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكما لم يبق صيدا فبطل حكم ذكوة الاضطرار قيل وضع المسئلة فيما يكون الحياة فوق ما يكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع للذبح فكان عدم التمكن متصورا يعني ما ذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما اذا كانت بقاؤه متوهما اما اذا شق الكلب المعلم بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه فلم يذبحه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعدما ذبحت وقيل هو قول ابي بكر الرازي هذا قولهما اما عند ابي حنيفة فلا يوكل هذا ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بالذكاة الاختياري والى المتردية اي اعتبارا بها هذا الذي ذكرنا انه لا يوكل عنده اذا شق بطنه واخرج ما فيه اذا تركه التذكية فاما اذا ذكاه فقد حل اكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية او بينة اذا ذبح حل عنده وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف لا يحل ان كان من حياة بينة وهو ان يكون بحال يعيش فاما اذا لم يكن كذلك فلا يحل اكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد لا بد من حياة بينة وهو ان يكون بحيث يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل اكله والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررنا اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله ولو ادركه ولم ياخذه يريد ان المسائل المتقدمة كانت فيما اخذ الصياد وههنا ادركه ولم ياخذه ~~يريد ان المسائل المتقدمة كانت فيما اخذ الصياد وههنا ادركه ولم ياخذه~~ وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا واذا ارسل كلبه على صيد بعينه معينا فاخذ غيره حل يعني ما دام في وجه ارساله وقوله ولنا انه اي شرط التعيين شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد والجمع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا اجيب بانه متعذر اذ لا يقدر الصائد او الكلب على الوفاء به لانه حيث لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله على ما بيناه يعني في اول كتاب الذبائح حيث قال يشترط عند الارسال والرمي قوله ولهذا يشترط التسمية عنده اي عند الارسال وقوله فيغلب جانب الحرمة نصا اي بالنص وهو قوله صلى الله عليه

وسلم

وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وههنا ثلاثة فصول احدها ما اشترك فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما رويناه والثاني ما اشتركا فيه في الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة لان جهة الحل ارجح لان المعلم تفرد بالجرح والثالث ما لم يشتركا في شيء لكن الثاني اشتد اي حمل على الاول حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشاركه الاول في شيء من الصيد وانما اثر في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بنا عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع قال واذا ارسل المسلم الاصل في هذا ان الفعل يرفع بالاقوى والمثل دون الادنى فاذا ارسل المسلم كلبه وزجره اي اغراه المجوسي حل اكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى واذا ارسل مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يوكل الذكاة ولهذا اي ولان الزجر دون الارسال لم يثبت به اي بالزجر شبهة يعني بزجر المسلم وقوله لان الزجر مثل الانفلات يعني من حيث ان كلا واحد غير مشروط بحل الصيد بخلاف الارسال وقوله لانه ان كان دونه يعني ان الانزجار ان كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متاخر فيجعل ناسخا وقوله وقتله اي جرحه جراحة الخنقة وقوله لان الامتناع عن الجرح بعد الخنق ذلك المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتلها الكلب بالصيد انما حصلت بعد الاثخان ملحق بالذبائح فيجعل بالذبح لا بضرب الكلب فجوابه انه تعذر رفعه وما تعذر رفعه يعفو وقوله بجرح الكلب الاول لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية كانت ذكوته بالذبح في المنحر لا بجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ومما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية والحس الصوت الخفي ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبه او بازيه فاصاب صيدا ظنيا مثلا فان تبين ان المسموع حس صيد حل المصاب اي صيد كان ان المسموع حسه يعني سواء كان مما يوكل لحمه او لم يكن لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف ان المسموع حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل اكل الصيد المصاب لتغلظ التحريم الا يرى انه لا يثبت الاباحة في شيء منه بخلاف سائر السباع لانه اي الاصطياد يؤثر في جلده وزفر خص منها اي من جملة المسموع حسه ما لا يوكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة فكان هو والادمي سواء ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بالماكول وما هو كذلك فالماكول وغيره بالنسبة اليه سواء فاذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا والاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قوله لا الاباحة حتى لو لم يقتلها اذا كان خنزيرا لم يثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا قيل فانه كان مما يحل تناوله ثبت اباحة تناوله

كغير السباع من البهائم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله ثبت اباحة جلده فثبت ان فعله وقع اصطيادا
واباحة التناول وغيره مما يتعلق بالحل ليس بمخرج له عن ذلك واذا وقع اصطيادا كان كانه رمى الى الصيد
فاصاب غيره وقوله وان تبين انه ادمي قد قدمناه انفا وقوله لان الفعل ليس باصطياد اذ الاصطياد
عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالداجن الذي ياوي البيوت اهلي والظبي الموثوق اي المشدود
بالوثاق بمنزلته اي بمنزلة الادمي لما بينا ان الفعل ليس باصطياد ثم اذا جهل توحش المقصود برميه
يعتبر فيه الاصل وعلى هذا يخرج المسئلتان المذكورتان في الكتاب وقوله في اخرى عنه لا يحل لانه لا
ذكاة فيهما يشير الى ان كون ما سمع حسه من الصيود من شرطه ان يكون حل اكله مشروطا بالذبح
حتى لو سمع حسا وظنه ادميا ورماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه
مع تعين كونه صيدا فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي ان من سمع حسا
ظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب مع انه لم يقصد
به رمي الادمي وفي هذه المسئلة قصد برميه ادميا ومرمي الادمي ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس
اما شمول الحل او شمول عدمه وانعكاس الجواب في المسئلتين وذلك انه لما حل المصاب مع اقتران
ظنه بانه ادمي فعند اقتران ظنه بانه صيد اولى ولانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده فلا يحل
المصاب ههنا لما لم يحل ثمة ولم يحل ههنا نظرا الى قصده وحل ههنا ولذلك اجيب بان الفرق بما اشار
اليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع تعينه اي تعين كونه صيدا وبيانه ان في المسئلة الاولى اصاب
سهمه غير المسموع حسه وكان فعله الى المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها
الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا فلم يحل
الصيد لما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل اكله لانعدام فعل الاصطياد واما ههنا فسهمه اصاب
على المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته والظن
اذا وقع مخالفا للحقيقة فعله كان الظن لغوا فحل اكل المصاب لوجود فعل الاصطياد وقوله على ما بيناه
يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الى اخره وقوله فتحامل في
المنتهي اي يتكلفه على مشقة واعيا ايقا الكامل في المشي وقوله حتى اصابه اكل قيل اذا وجد وفيه
جراحة اخرى فلما شك ان يأكله ترك الطلب ولم يترك كما سيجيء لانه ظهر لموته سببان احدهما يوجب
الحل والاخر يوجب الحرمة فتغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يوكل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان
معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى
مات يحال على ذلك ولنا انا لما وجدنا فيه جرح غيره كان القتل منه موهوما والموهوم في هذا كالمحقق
لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته قاله حين اهدى اليه رجل صيدا فقال من
اين لك هذا فقال كنت ارميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته
اليوم ميتا وفيه مزراقي وهو الرمح الصغير فقال صلى الله عليه وسلم لا ادري لعل هوام الارض قتلته
الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حله اذا لم يقعد عن طلبه ثم وجده ميتا وقوله ولان احتمال
الموت دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه ايضا اجاب بقوله الا
انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان الاصطياد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا
قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن صيد يتوارى بسبب عمله وقوله والذي رويناه حجة على مالك
في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل يعني وان رأى فيه شكا واحتج على ذلك بانه شيء اهل
العلم كذلك وكانه بني الامر على الغالب لانه اذا بات وقعد عن طلبه غالبا وتوجيه قوله ما روينا حجة

عليه لانه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي حجة عليه فقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته
حجة له على ما مر من تقريره فانه صلى الله عليه وسلم قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل والجواب
ان الاصل ان خصوص السبب غير معتبر واعتبار قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما وقوله
ولو وجد به جراحة قدمناه والخلاف فيه وقوله لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه لان الصيد قد يقع
عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد ان يقع
على الارض لا يخلو عنه فلا يجعل محرما اذا لم يقعد عن الطلب قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء
كلامه واضح وهو في المعنى مقيد بان لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سياتي وقوله وان وقع على
الارض ابتداء اكل يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء بعده
يقع على الارض ابتداء وقوله ذكر في المنتقى بيان لما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله
او صخرة فاستقر عليها ... حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسي رواية المنتقى على ما اصابه
حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الاجرة الا ما يصيبه من
الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفي الجملة فليس في المسئلة
روايتان وهذا اي ما نقله شمس الائمة اصح لان المذكور في الاصل مطلق فيحمل على الملاقاة وحمله على
غير حالة الانشقاق فيحتاج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق لو وقع على الارض
اكل وقد ذكرناه في معناه وقوله كما اذا وقع اي غير الماء في الماء وقوله ما اصاب بعرضه المعراض ثم
سهم لا ريش له يعني عرضا فيصيب بعرضه لا بحده والبندقة طينة مدورة يرمى بها وقوله اذا لم
يخزق بالزاء المعجمة خرق المعراض اذا نفذ وبالراء المهملة خطأ وقوله وكذلك ان جرحه يعني اذا رماه
فجرحه فان كان ثقيلا وبه حدة فلا يؤكل لاحتمال ان قتله بثقله وان كان خفيفا وبه حدة
اكل والمروة حجر ابيض رقيق كالسكين يذبح به يعني يستعمل عقيبه الا اذا كان المتقى يجرحه
ابنا بانه بلغ في الندرة حتى الشذوذ وقوله مثل الابكل هو قول ابي القاسم الصغار ووجهه ان
الآلة لجنس فلا يكون معنى الذبح وقيل يحل وهو قول ابي بكر الاسكاف لوجود الذكاة بآلة
والحجر والدم قد يحتبس لغلظه او ضيق المنفذ وقوله وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه يريد قول ابي
القاسم الصغار فانه شرط سيلان الدم وقوله ومن رمى صيدا اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد اكل الصيد
لما بينا ان الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤكل العضو ان امكن حياته بعد الابانة وان لم يمكن اكلا
وقال الشافعي وهو مذهب ابن ابي ليلى ان مات الصيد منه اكلا لانه ابان بذكاة الاضطرار وكل ما كان
كذلك يحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار وذلك لان قطع العضو كان في ذكاة
الاضطرار ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من الحي فهو ميت ووجه الاستدلال انه ذكر الحي مطلقا
والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة يعني ابين من
الحي حقيقة وحكما اما حقيقة فلقيام الحياة به واما حكما فلانه يتوهم حياته بعد ابانة هذا
العضو ولهذا اي لكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة لم يؤكل
الحيوان ان يكون موته بوقوعه في الماء وقوله الا انه ابين بالذكاة ذكر ليجيب عنه بقوله قلنا وتقريره هكذا
انما ابين بالذكاة يؤكل ولكن لا ذكاة ههنا لان الذكاة الفعل وهو ابانة العضو حال قيام الروح
لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحياة بعده اذا العرض ذلك والجرح بعد ذكاة اذا مات منه او
يمكن فيه لا يمكن الحياة بعده ولهذا لو ابقيت فيه من الحياة فوق ما في المذبوح لا يحل من ذكية
عند زوال الروح وان كان ذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تاثيره في موته لفقد الحياة فيه حينئذ كان
ميتا فلم يكن ذكاة في المبان بتبعيته للاكثر اذا مات ... وقوله القطع اجاب بقوله ولا تبعية يعني لا تبعية

والغيبة تتحقق في النهار ليس لها اختصاص بالليل فيتحقق الكراهة المتعلقة بها اذا غاب عن الرامي في النهار

قيل الا كان الكلب ... اذا غاب صح
فالتهمة في غيبة الصيد عن الرامي

اذا لم ينفصل عنه وهنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله والاكثر مما
يلي الرأس فانه يحل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان ابان الثلث مما يلي العجز لم
يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بموته والجزء مبان عنه ذلك واما اذا ابان الثلث مما
يلي الرأس فقد وقع الذكاة بقطع الاوداج نفسه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا من حي ظاهر قوله والا يؤكل منه
الجزء الحي معناه مما تقدم ذكره غير اهل الكتاب من الكتاب لمن باهل للذكاة الاختيارية ولا بد من اباحة
الصيد قال ومن رمى صيدا على ان الرجلين اذا رميا صيدا فذلك ينقسم الى قسمين اما ان رميا
معا او متعاقبا والاول على اوجه فانه اذا رمياه معا فاما ان تصيبا معا او تصيب احدهما او لا ثم
اصاب فاما ان يثخنه قبل اصابة الثاني او لا والثاني كذلك في هذا ما ان رماه الثاني قبل اصابة السهم
الاول او بعدها فان كان الثاني فاما ان اثخنه الاول او لم يثخنه والاول بوجوهه والوجه الاول من الثاني
غير مذكور في الكتاب وانا اذكر ذلك تكملة للافادة فان رمياه معا فقتلاه تناولاه جميعا ويؤكل لان كل
واحد منهما رمى صيدا مباحا فيحل بتناوله اعتبارا بحالة الرمي فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل
واحد منهما ذكاة واصابت الرميتان معا فاستويا في السببية وذلك يوجب المساواة في الملك وان رمياه
معا فاصابه سهم احدهما اولا فاثخنه اخرجه عن حيز الامتناع ثم اصابه سهم الاخر فقتله فهو
للاول ويحل اكله عند نا خلافا لزفر فهو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني اصابه وهو غير ممتنع فصار كالرمي
شاة ونحن نعتبر المحل حالة الارسال والارسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثاني حظر والملك بحالة الاتصال
لان الملك يتصل بالمحل وسهم الاول اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به الثاني وان لم يثخنه فهو الثاني
وهو ظاهر وان رماه الثاني بعدما رماه الاول قبل ان يصيب سهمه وهو الاول من القسم الثاني فحكمه حكم ما لو
رمياه معا فهو لهما وحل اكله واما المذكور في الكتاب فقد امعن المصنف في بيانه ويشير الى بعض الفاظه اي
خفي فقوله هذا اشارة الى قوله ولم يؤكل وقوله ان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الرابع
الى آخره بحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل وحكمه انه لا يؤكل لان احد الرميتين تعلق به الحظر والاخرى تعلق به الاباحة
واعلم يذكر المصنف لانه يعلم من ضمان الحل وانما كان حكم صورة الجهالة وهي ان لا يدري ان الموت حصل بايهما كالصورة
الاولى لانه لا يكلا واحد من الجراحتين سبب القتل ظاهرا فيضاف اليهما قيل كان الواجب ان يسقط عنه ضمان
نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمانه لنقصان الجراحة لم يدخل في ضمانه نصف
القيمة فكيف يدخل فيه وقوله وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة الى آخره يعني لا في حكم الضمان
لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقي الى آخره واضح والله تعالى اعلم

فما ازاء غير الرامي الاول فهاذا كان الرامي الثاني ... انه ما نقم كان الرامي الاول تابعا ... الاول ثانيا

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد كونهما سببين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب
الدائن والمديون وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكور في الكتاب
والسنة كما سنذكرها فاما تفسيره فما ذكره الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا
بحق يمكن استيفاؤه منه اي استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون كالديون وهو احتراز عن ارتهان الخمر وعن
الرهن عن الحدود والقصاص واما مشروعيته فلقوله تعالى فرهان مقبوضة وهو جمع رهن ككعاب في جمع

عقد ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وبالاجماع فان
الامة اجتمعت على جوازه من غير نكير وبالمعقول وهو انه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف
الوجوب وتقريره ان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب اولا في الذمة ثم يستوفى
المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التي
تختص بالمال بل بطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه قال الرهن
ينعقد بالايجاب والقبول ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي
وما يشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك
عامة المشايخ وقالوا اراد به شيخ الاسلام خواهر زاده الركن الايجاب وحده
بمجرده لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء
ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه ولا نعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة
والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب ان المراد
بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك وقوله والقبض شرط اللزوم كانه تفسير لقول
القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام
وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي
لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا محوزا وقال
الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد ولا يجوز الرهن الا
مقبوضا وقال مالك رحمه الله يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع
ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا ما تلونا من قوله تعالى فرهان مقبوضة
والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر
فعدة من ايام اخر اي فليصم وكما في قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحرر
فيكون تقديره والله اعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا وارتهنوا لكن بترك كونه
معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن بالاجماع فوجب ان يعمل في
شرطه وهو القبض كما في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم
يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فينصرف الى شرطه وهو المماثلة في اموال الربا فكذا هذا
وفيه بحث من اوجه الاول انا قد قلنا ان المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن والثاني انه
يجوز ان يكون الامر للاباحة بقرينة الاجماع فينصرف الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض
ان كان شرط الجواز او اللزوم وشك ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الآية
متروك الظاهر لان ظاهرها يدل على الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك
ذلك ومتروك الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الاول انه مما يقتضي منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر
فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم وعن الثاني ان الامر في الوجوب
حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة
والاجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ واعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فصرف الى القبض وعن الثالث
ان الدليل لالزام مالك رحمه الله حيث لا يجعله شرط اللزوم ولا الجواز وذلك لان الله تعالى وصف
الرهن بالمقبوض كما وصف التجارة بالتراضي والتراضي وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن لا يقال
هذا استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح اما اولا فلان ذلك مذهب الجمهور من اصحابنا فيجوز ان يكون

اي اختيار الجمهور الاستدلال بالمخالفة عبد الله افندي

المصنف قد اختاره وانما لان عدم الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفا ان الوجوه انصرفت اليها وعن الرابع بانا لا نسلم انه حجة وكونه الظاهر بدليل ليس بحجة لان النصوص المأولة متروكة الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم وقوله ولانه عقد تبرع دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح وقوله ثم يكتفي به بالتخلية يريد به رفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله ثم يكتفي به بالتخلية يريد به رفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله لانه اي قبض الرهن قبض موجب الضمان ابتداء لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شانه لا يكتفى بالتخلية كما في الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم نعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما بخلاف الشراء جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض في الشراء ناقل للضمان من البائع الى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم تكن مضمونا على القابض ابتداء قوله والاول اي وجه الظاهر اصح لان الرهن توثقة لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بان يخلي الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذ الحقيقة اقوى من الجهة وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى واما الوصف المذكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يبين **قال** فاذا قبضه المرتهن فقد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان المنصوص معتبر بيانه وذلك يقتضي الكمال في القبض وهو ان يكون الرهن محوزا مفرغا مميزا يجيء ذلك وقوله محوزا احتراز عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما ذكرنا ان اللزوم والجواز بالقبض اذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله اي قبل القبض فاذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها اي هذه الالفاظ ثلاثا لصاحبه غنمه اي زوائده وعليه غرمه اي هلاكه قال ومعناه لا يصير اي الرهن مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه كان عائدا على موضوعه بالنقض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك من الامساك او من المطالبة برهن آخر لان الاول لا يجوز فلا فائدة في الاخبار عنه والثاني ليس بحق له ولانه ذكر الحق في اول الحديث منكرا ان رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم اعاده معرفا وفي ذلك يكون الثاني عين الاول كذا في النهاية وفيه نظر لان احدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي صلى الله عليه وسلم ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة الا اذا علم ان المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ومثل ذلك ليس من القاعدة ~~الا ان يكون اذا علم ان المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك~~ وقوله صلى الله عليه وسلم اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بان قال الراهن لا ادري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكى هذا الثاني عن ابي جعفر وقوله مع اختلافهم في كيفيته يعني انهم اتفقوا على ان الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه مضمون بالقيمة وروي عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود

في كيفية

فيكون الصفة مقصودة فيصح الاستدلال بمفهومه عبد الله افندي

قال لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد اقول الاولى قبل القبض سعدي افندي

قال ما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى اقول لا يجوز ان يحتاج الادنى لضعفه الى ما يقويه ويؤكده سعدي افندي

قوله محوزا الى قوله مميزا اقول قال صدر الشريعة مقبوض محوزا اي مقسوما غير شايع مفرغا اي غير مشغول الى فتأمل التغاير بين التفسيرين سعدي افندي

وحقه الدين فيكون ذاهبا لا يقال المراد به ذهب حقك

انهما قالا الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وهكذا روي عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروي عن ابن عباس انه مضمون بالدين فاختلافهم على هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه امانة خرق للاجماع والمراد بقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف كطاوس وابراهيم وغيرهما وقال مالك رحمه الله وتفسير ذلك فيما نرى ان يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل يسميه والا فالرهن لك بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا الى ان ذلك في البيع اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وقوله ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن يد الاستيفاء ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لان الرهن لغة شيء عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي قال زهير

وفارقتك برهن لا فكاك له … يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا

اي ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك وهو كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام وبما يدينفي لفكاكه وكان انه ينبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجبه فثبت ان اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تتعلق على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبئا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ولكن هذه العضية ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء ومعناه ان يكون الرهن موصلا اليه اي الاستيفاء وذلك اي كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن جحود الراهن مخافة جحود المرتهن ومعناه ان الحبس يفضي الى اداء الحق لان الراهن يخشى ان يجحد الدين المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون اكثر من الدين فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر ولئلا يكون عاجزا عن الانتفاع به او لعجزه عن المطالبة وهذه ايضا قضية تدل على ان الرهن ملك اليد والحبس فتم التقريب قوله واذا كان كذلك اي اذا ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس يثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وقد تقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا ادى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو ربوا لخلافي ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء اي الذي بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء الا ترى ان المبيع اذا هلك قبل التسليم فانه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به اجيب بان النقض انما يتحقق فيما امكن رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الربا وهو ان يستوفي رقبته لا يدا اجاب بقوله ولا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور وقوله ولا يتنع بالمالية جواب عما يقال لو كان الرهن استيفاء لكان اما لعين الدين او لبدله لا سبيل الى الاول

الاحتباس

فهذا لا يصلح للاجل وهذا الذي ينبغي فان جاء صاحبه بقاه

قال واجيب بانه لما دام وبانه ينفي الفكاك اقول لا يخفى ان الرهن يدوم ما دام الرهن وانما ذلك يدل بزوال الدوام ومعنى لا فكاك له القائه على الابد والاحتباس فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وانباؤه عما ذكره من الحبس الدائم من البيت فليتأمل سعدي افندي

فيجب على البائع رده على المشتري

لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز ووجه الجواب انا نختار الاول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة اما انه حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فانه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله وموجب العقد جواب عما يقال قال الشافعي الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضرورته فلا ينعدم به مقتضى العقد لان الاعتبار في الموضوعات الاصلية لا للوازم الضمنية ونوقض بنقض اجمالي وهو ان المستاجر بالاجرة المعجلة بمنزلة المرهون حتى اذا مات الاجر كان المستاجر احق به من سائر الغرماء ثم اذا هلك لم يكن مضمونا واجيب بان يد المستاجر بعد فسخها ليست يد استيفاء لان يد الاستيفاء هي التي كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستاجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة من المالية فلذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك في يده واما اختصاصه به دون الغرماء فلانه كان مخصوصا قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الاجرة قوله فالحاصل الى اخره واضح قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان الا تاكيدا لان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سيجب كالرهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لان حكمه اي حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب واما صحته بالدين الموعود فسيجي الكلام فيه وقوله ويدخل اي يشكل على هذا اللفظ اي الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيد بقوله بانفسها احترازا عن غيرها والحاصل ان الرهن اما ان يكون بالدين او بالعين والاول صحيح بكل حال والثاني اما ان يكون بعين مضمون او لا والثاني غير صحيح كما في الودايع والعواري والمضاربات والشركات والاول اما ان يكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا او يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل او القيمة كالمبيع في يد البايع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله لا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل عليه بالاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمه واجاب المصنف بقوله ويمكن ان تبنى على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين ولهذا تصح الكفالة بها اي بالعين المضمون بنفسه وقوله فان كان لا تجب القيمة الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه جاريا على ما اختاره بعض اخر من المشايخ وتقريره ان سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صح الكفالة واعترض بان صحة الكفالة لا يستلزم صحة الرهن لانها تصح بدين سيجب كالكفالة بما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن واجيب بان قوله بما ذاب لك اضافة للكفالة لا الكفالة ويصح ان يقال قولك دون الرهن تريد به دينا ما انعقد بسبب وجوده او دينا انعقد لكن فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثاني فهو ممنوع فان تعين ما نحن فيه وقوله ولهذا يجوز ان يكون توضيحا على كل من التخريجين اما على الاول فتقريره ولكون الموجب الاصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمونة بنفسه بهلاكه فلو حال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة جعلت كالموجود فهلاك

العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب الوجوب قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الرهن مضمون بالاقل اي بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين الرهن مضمون ووقع في بعض نسخ القدوري بالاقل من قيمته ومن الدين وكلاهما صحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر كذلك وكلامه واضح وقوله بزيادة الفضل يعني ان الزيادة انما تكون من الجانبين وقوله كما في حقيقة الاستيفاء مثل ما اذا اوفاه الغريم دراهم في كيس وضاعت في الطريق فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين امانة فكذا ههنا وقوله ضرورة امتناع جنس الاستبدال به ولهذا لانا لو لم نجعل الزيادة مرهونة ادى الى الشيوع او العدم انفكاكها عنه وقوله ولا ضرورة في حق الضمان لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجي وقوله والمراد بالزيادة ما روي عن علي رضي الله عنه يعني توفيقا بين ما روي عن علي رضي الله عنه فانه روي عنه المرتهن امين في الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن بدراهم زادت على الدين فهو امانة الى الراهن ولو كان الدين لا يبرئ الراهن زيادة الدين وقوله كما بيناه على التفصيل فيما تقدم يعني في فصل الخلوص من ادب القاضي وقوله واذا طلب المرتهن دينه واضح وقوله تحقيقا للتسوية فيكلف الرهن وان كان حق استيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث انه استيفاء حقه قلنا بان قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن في زمانه لم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن وجوب تسليمه وقوله لانه يتضرر به زيادة الضرر ولا يلزمه يعني المرتهن احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يظهر في مقابلة متيقن حق المرتهن بخلاف الفصل الاول وقوله لاطلاق الامر يشير الى انه لو قيد بالنقد لا يصح بيعه نسيئة وقوله لانه لا قدرة له على الاحضار لان الرهن بيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله وكذا اذا امر المرتهن يعني لا يكلف احضار الرهن لانه اي الرهن صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار كانهما تقايلا فسخا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء الا انتقال حكم الرهن الى البدل الا ترى انه لو باع الرهن باقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار فكانه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن استحسانا من قوله فصار كان الراهن رهنه وهو دين يعني انما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن ان يقبض الثمن من المشتري كما لو كان الرهن في يد عدل لكن له ذلك ووجهه ما ذكر انه وكيل بالقبض اعتبارا رجعة كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله ولا يكلف احضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف استيفاء نجم قد حل اذا ادعى الراهن هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك والتمس اشار بقوله لاحتمال الهلاك وقوله ثم اذا قبض الثمن يعني ان باع الرهن وقبض الثمن فاذا قبضه وجب احضاره لاستيفاء نجم لتعلقه مقام العين وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه الى اخره فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شيء بخلاف ما لو قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا تكون القيمة ههنا كالثمن وهي قد ثبتت في يد المرتهن

فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة اجاب بقوله وما صارت قيمته بقتله حتى ينتقل اليها الرهنية فيصير كالرهن في يد عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار دينا بقتله فكانهما تفاسخا وجعل الثمن رهنا ابتداء فكانهما افترقا وفي النهاية جعل قوله وهذا الخلاف اشارة الى قوله يكلف لا فتكاكه تحتمل وجهه هكذا اي في مسئلة القتل حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يقبض شيئا قال وان كان الرهن بيد المرتهن فهو مخير بين ان يحمل الراهن من بيعه وان لا يمكن لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه وذلك حقه فلا يكلف واضح وقوله فلو هلك اي الرهن قبل الرد اشتراء الراهن مما قضاه لما ذكره في الكتاب وهو واضح بالفرق بينه وبين ما اذا رهن عبدا بالف درهم وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن او ابراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبت يد الاستيفاء المرتهن بقبضه السابق وتقرر بالهلاك قبضه وردوه مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء له استيفاء حقيقة بقبضه لا ابراء وفي الاستيفاء حقيقة بعد الابراء يرد المستوفي فيجب ان يكون هنا كذلك واجيب بان الرهن عندنا استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض في القضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد واما الابراء فليس فيه استيفاء شيء يجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو وقوله على وجه الفسخ احترازا عما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله لانه اي الرهن يبقى مضمونا ما دام القبض والدين باقيا الا ترى انه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقيا واذا ابراه من الدين سقط الضمان ~~وان كان القبض باقيا وبقاء الحكم يتعلق~~ الدين ~~سقط الضمان~~ وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم احدهما فان قيل فينبغي ان لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام متناقضا اجيب بان بقاء احتمال الحبس احتمال الاستحقاق المؤدي يوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان مجرد الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم ينشأ عن دليل وقوله ولو هلك في يده يعني اذا حبسه بعد القضاء فهلك سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله وليس للراهن معناه انتفاعا جاز الانتفاع بالرهن والانتفاع به قال والمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه كلامه واضح والعرق في العيال المساكنة لا النفقة الا ترى ان المرأة اذا ارتهنت وسلمت الرهن الى زوجها لم يضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته اذا ساكن الاب وخرج الاب عن المنزل على الابن لم يضمن واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن فان ابى فالقاضي فان ~~ابى القاضي~~ يامر المرتهن عليه فاذا قضى الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا يرجع على الراهن في قول زفر وقال ابو يوسف النفقة دين على الراهن والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله وكراء كان يحفظه لرده الى يد المرتهن كجعل الابق وكراء حافظ ومنه كدا ولو الجراح وقوله والحفظ واجب عليه فيكون بذله عليه قال في شرح الطحاوي ولو شرط الراهن للمرتهن اجرا على حفظ الرهن لا يستحق لان الحفظ واجب عليه بخلاف الوديعة وقوله لتعلقه بالعين يعني بخلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل لما كان العشر متعلقا بالعين كان مستحقا جزء من الارض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما اذا رهن ارضا عشرية مع شجر او زرع فيها فاخذ العشر اجاب بقوله ولا يبطل الرهن في الباقي لان

لم يجبر الراهن على قضاء الدين

استحقاقه

العشر لظهور الاستحقاق في جزء من الارض يبطل الرهن

يطالب الرهن في الباقي لان الشيوع فيه طار

وجوبه

وجوبه بواي وجوب العشر لا ينافي ملكه في جميع ما رهنه الا ترى انه لو باع جاز ولو ادى العشر من موضع اخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يكن الشيوع في الرهن لا مقارنا ولا طاريا بخلاف الاستحقاق لان ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع قوله وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه يعني من اجرة وغيرها فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على الاخر فان كان بحضرة القاضي فكذلك وان كان بامره رجع عليه كان صاحبه امره به لعموم ولاية القاضي وقد قيل انه يحتاج الى امر القاضي بالنفقة لا يصير دينا على الراهن ما لم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان امرهما كليس الالزام فانه لا يلزمه شيء منها بالانفاق فيكون الامر بذلك بمنزلة ذكر البدل الانفاق حسبة ودينا فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله وهي فرع مسئلة الحجر فمذهب ابي حنيفة ان القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه يعني عند ابي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته وعند ابي حنيفة رحمه الله لم ينفذ عليه امر القاضي حال حضوره يصير محجورا عليه وهو لا يرى بخلاف حال غيبته لان فيها ضرورة

ولا يطالب الراهن

اي بان يقول القاضي انفق عليه ليكون دينا على الراهن واما اذا قال انفق عليه يرجع المرتهن بما انفق مطلقا ~~لم~~ يرجع عبد الله افندي

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال قال ولا يجوز رهن المشاع القابل القسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وقال الشافعي هو جائز ولم يذكر له في الكتاب دليلا لان اصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي ان العقود شرعت لاحكامها فاذا اتى الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا انه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لان اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فيكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وادرج المصنف دليل الشافعي بين الوجهين وهو قوله وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه يتقرير كلامه حكم الرهن البيع والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع واذا كان الحكم متصورا كان العقد مفيدا وتقرير الثاني ان موجب حكمه تعين لا زكمه وهو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه يعني ما مر من قوله ليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره وكل ذلك اي كل ما مر من قوله الا مقبوضا او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام اما تعلقه بالمقصود لدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد لم يحصل الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق واما بالنظر الى النص فلانه لما اوجب القبض اوجب بقاءه لان ما يتعلق بالمحل فالاصل فيه البقاء كالحرمة في النكاح وقد علمت ان حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض فما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازما لحكم الرهن ويفوت في المشاع والداعي اليها

رهن المشاع

تعيينه

الرهن اي موجب

فوجب الرهن يتعلق

ابتداء

الشيوع

التوجيه بتخليص الكلام عن التكرار فانه قال احدهما يبتني على حكم الرهن والثاني ان موجب الرهن
فلو كان الموجب منتشرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله ولا يفضي اليه اي الى دوام الحبس من
تمام الدليل يعني ثبت انه لا بد من الدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولا استحقاق الحبس
في المشاع لانه لا بد من المهاياة فكانه يقول رهنتك يوما دون يوم ولا شك في عدم استحقاق الحبس يوما
لفوات الدوام الواجب تحققه وهذا اي ولان الدوام يفوت في المشاع يستوي ما يحتمل القسمة
وما لا يحتمل لحاجة الرهن بخلاف الهبة على ما ذكرنا وقوله ولا يجوز اي الرهن من شريكه على الوجهين
جميعا اما على الوجه الاول فلانه لا يقبل حكمه واما على الثاني فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم
وصورة الشيوع الطاري ان يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض او اذن الراهن العدل ان يبيع الرهن
كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وكلامه واضح قال ولا رهن ثمرة على رؤوس
النخل دون النخل هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته فان الاصل ان اتصال المرهون
بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في المرهون وحده لاختلاطه بغيره قوله وكذا في المتاع
في الدار يعني اذا رهن دارا مشغولة بامتعة الراهن لم يصح الرهن لانها لم تكن تابعة للدار ولهذا لم
يدخل في رهنها من غير ذكر فانه يعني للقبض الا ترى انه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها او منها لم تدخل الامتعة
بخلاف ما لو باع النخل بكل قليل هو فيها او منها فانه يدخل الثمار فيدخل في الرهن لاتصالها بها خلقة وقوله
ولو استحق بعضه يعني بعض الرهن بان رهن دارا او ارضا فاستحق بعضها فاما ان يكون الباقي غير
مشاع بان كان المستحق جزءا معينا غير شايع او كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين ان
الرهن من الابتدا كان بما بقي وهو غير مشاع فكان جايزا وان كان الثاني تبين ان الرهن من الاول
مشاع وهو مانع وقوله في الرواية يدخل فيه من غير ذكر يعني قال المشايخ اذا رهن دابة عليها سرج ولجام
دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله ولا يصح الرهن بالامانات وقد تقدم ذكره وقوله بالدرك باطل
قد تقدم غير مرة ان الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البايع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن
بذلك ان يبيع شيئا ويسلمه الى المشتري فيخاف المشتري ان يستحقه احد فياخذ من البايع رهنا بالثمن
لو استحقه احد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب ليستحق المبيع او … واما
الكفالة بذلك فهي جايزة والفرق ما ذكر في الكتاب وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع
المشتري على البايع عند استحقاق المبيع بضمن البايع دركه اولا انه اذا لم يضمنه لا يقدر المشتري على الرجوع
الا اذا قضى القاضي بنقض البيع واما اذا ضمنه فانه يرجع عليه وقضى القاضي بنقض البيع بينهما او لم ينقض
وهذا بناء على ان المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضى البايع او قضاء القاضي لان احتمال
اقامة البايع البينة على النتاج او التلقي من جهة المستحق قائم اما اذا قضى القاضي ثبت العجز
وانفسخ العقد وقوله بخلاف الرهن بالدين الموعود متصل بقوله لانه امانة وصورته ما ذكر في الكتاب
وقوله لان الموعود يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى استقراض شي
فصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا اختيارا للجواز دفعا للحاجة
عن المستقرض فليجعل المعدوم في الدرك موجودا … في الحاجة اجيب بان المعدوم يجعل
موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان
الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال الغير وقوله لانه مقبوض بجهة الرهن الذي
يصح على اعتبار وجوده اي وجود الدين والمقبوض بجهة الشي حكم ذلك الشي كالمقبوض على سوم الشرا
له اي للذي قبض بجهة الرهن حتى هلك بما سمي من المال بمقابلته ويجب على المرتهن ايفاء ما وعده

من دوام الحبس ح

في الكتاب

مطلب اذا رهن دارا مشغولة بامتعة الراهن لم يصح الرهن

او كثيرها

حتى قالوا

فان قيل

حكم الرهن به

وهذا

وهذا اذا ساوى قيمته ما استقرضه وانما اطلق جريا على ان الظاهر الغالب في الرهن ان يساوي
الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشرا غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه
الموعود فالجواب ان التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من
حيث انه يهلك مضمونا لا امانة واما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار ان
ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين حيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره وضمان المقبوض على
سوم الشرا ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبايع على المشتري شي قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة
عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب وقوله فيضمنه اي يضمن المرتهن ما قبض رهنا من الدين
الموعود قال ويصح الرهن برأس مال السلم قال رحمه الله حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح
وهذا اي اخذ الرهن عن هذه الاشيا ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالا وهو في الاستبدال
فيما … وقلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية واما عين الرهن فهو امانة
عنده كما لو كان الرهن عبدا فانه كان في كفنه على الراهن والاعيان من حيث المالية جنس واحد فان
قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في ثمن المبيع في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية
فالجواب ان هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا
من حيث المالية وعلى تقدير هلاك العين لكونه امانة وفي الاستبدال لا يكتفي بذلك لاحتياجه الى
تملك العين ايضا وقوله لفوات القبض حقيقة ظاهر واما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا بالهلاك
وكان بعد التفرق وقوله يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه بالرفع لكون حتى بمعنى الفا وعرف
وقوله لانه بدله اي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشي يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا
هلك رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له ان يحبسه لان ذلك الرهن
كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين اخر واجب بسبب اخر وهو القبض فلا يكون رهنا به
كما لو كان على اخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم ابرأه المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا
بالدراهم والجواب ان الدراهم ليست بدلا عن الدنانير بخلاف السلم وقوله ولو هلك الرهن في يد
رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه
بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره اي بغير المسلم فيه وهو رأس المال وقوله هلك بالطعام انه يشتري
… برأس المرتهن وصورته ان السلم انه يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه ويأخذ رأس المال
لان بقبض الرهن صار … مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى ان هلك فصار بهلاك الرهن
مستوفيا لطعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة لزمه رد المستوفي
واسترداد رأس المال لكنه هاهنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك
الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام
ولما على المسلم اليه من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم اليه رد
الطعام فالجواب بانا لا نسلم ان مالية الرهن هاهنا من الدراهم فان تقدير مالية الاشيا بالنقود هو
حكم وانما جا الشرع بتقديرها بها تيسيرا فلا يقتضي الحجر عن التقدير بغيرها ولما جعلا الرهن بالطعام
مع علمهما بانه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقديرا للمالية بالطعام تحقيقا لغرضهما فكان الرهن من جنس
الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من جنس
ما له على المسلم حتى يلتقيا قصاصا بل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى في المسلم فيه والاقالة متقررة
لما مر انها لا تحتمل الفسخ وقوله لما بينا يعود الى قوله لان الثمن بدله وقوله واذا باع … فانه لا يحبسه

فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية صح

متقررة صح

تمام … [illegible]

يعني ادى ثمنه ثم ارادوا منعه للمشتري ان يحبس العبد حتى يستوفي الثمن لان العبد هناك بمنزلة الرهن
عند المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع فاذا هلك عند المشتري بعد الحبس فيه هلك بقيمته قال
لا يجوز رهن الحر والمدبر كلامه واضح وقوله وقيام المانع في الباقي يعني حق الحرية وهذا لو
طرأت هذه التصرفات ابطلته فاذا كانت مقارنة منعته وقوله ولا يجوز بالنفس لمعنيين احدهما
ما ذكر في الكتاب ان استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني ان المكفول به غير مضمون في
نفسه فانه لو هلك لا يجب شيء وهما جاريان في القصاص في النفس وما دونه واما لو رهن عن بدل
الصلح فيهما فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاءه
الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن به رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك
ينفسخ الصلح فكان كالمبيع وقوله ولا يجوز بالشفعة صورته ان يطلب الشفيع الشفعة ويقضي
القاضي بذلك فيقول للمشتري اعطني رهنا بالدار المشفوعة وقوله حتى لو ضاع يعني الرهن لم
يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون الا ترى انهما لو ترافعا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يأمر
المشتري بتسليم الاخر وقوله فالرهن مضمون يعني بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن لانه رهنه بدين
واجب ظاهرا الا ترى ان البائع والمشتري لو اختصما الى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي
يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا وقوله ثم ظهر انه اي العبد
المقتول حر فيهلك الرهن بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله ثم تصادقا ان لا دين فالرهن
مضمون يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرناه انه قبض بما هو مضمون ظاهرا وكان كالدين الثابت حقيقة
وعن ابي يوسف خلافه يعني ليس عليه ان يرد شيئا لانهما لما تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على عدم
الضمان وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه يعني
ان الرواية عن ابي يوسف محفوظة في مسئلة الصلح عن الانكار وذكروا المشايخ قالوا القياس يقتضي ان يكون حكم
المسائل الباقية بمسئلة العبد والخل والشاة كذلك وقوله لانه يلي على الصغير اجرا من الابن الكبير فانه لا يجوز
للاب ان يرهن عنه دين نفسه الا باذن الابن وقوله لما بينا اشارة الى قوله وهذا انظر في حق الصبي
فلو هلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين
وان كانت القيمة اكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها مودع ولهما الولاية على ذلك وقوله
وعند ابي يوسف لا يقع المقاصة بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير الصغير الثمن على المشتري
وقوله واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير لولد له يعني جوازا ان يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى
مال [illegible] على ابنه الصغير [illegible] من متاعه ليكون راهنا من جهة
ابنه ومرتهنا لذاته وقوله او عبد له تاجر لا دين عليه فكذلك لان الشبهة على ذلك التقدير
[illegible] فجاز [illegible] الوصي [illegible] الاب [illegible] ولو رهن من
[illegible] لا يحتمل [illegible] لا دين عليه في الموضعين [illegible] عنه من
نفسه [illegible] وهذا بناء على ان بيع الاب مال ولده من نفسه [illegible]
[illegible] القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن [illegible] مضمونا بالقيمة واما
بيع الوصي من نفسه فلا يجوز [illegible] فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب
[illegible] الصغير [illegible] الكبير [illegible] وقوله لان له حكما واحدا [illegible]
[illegible] مضمونا بالاقل من القيمة والدين [illegible] وقوله [illegible]
الاب متاع الصغير يعني سواء كان لنفسه او للصغير وقوله ومات الاب [illegible] لانه لو كان حيا كان

فانه هلاك

والخل والشاة

للاب ان

الا انه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا رهن من عبده والوصي لو رهن من نفسه

الحكم

الحكم كذلك ثم اذا اقتضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فله ان
يرجع في مال الوالد لانه مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب وقوله يحتمله على امرين جائزين
[illegible] رهن الاب والوصي متاع الصغير بدين على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير وذلك
لانه لما ملك ان يرهن كل واحد منهما على الانفراد ملكه بدينهما لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد
من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس وقوله كفعله بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك
في يده لم يسقط الدين لانه عند هلاكه الرهن ليس المرتهن مستوفيا ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين
مستوفيا لدينه باعتبار يد المديون واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدين كما
كان يرجع قبل الرهن ويرجع به الوصي على اليتيم وقد ضاع العين من مال اليتيم لانه انما استعاره
لحاجة اليتيم وقوله يضمنه لحق المرتهن يعني قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير يعني قدر الزيادة
على الدين وقوله يأخذه بدينه اي المرتهن مما ضمنه الوصي مقابلة دينه فضله عما قبله الاستيفاء
وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل له قال ويجوز رهن الدراهم
والدنانير قد عرفت ان كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز ان يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير
على هذه الصفة فيجوز رهنهما فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في
الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند ابي حنيفة وقالا يضمن القيمة من
خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وابي برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى التفصيل ذكره وقوله
[illegible] يعني فذلك الرهن ضاع بما فيه وذلك ان الدين كله وقوله في الوجهين يريد ما يكون قيمته
مثل وزنه او اكثر على ما ذكر في الكتاب وقوله على الخلاف المذكور يعني عند ابي حنيفة يهلك
بالدين وعندهما يضمن القيمة مخالفا في جنسه وقوله ثم يتملكه يعني الراهن يتملك الرهن الذي
جعل مكان الرهن الاول وقوله واستيفاء الجيد بالردي جائز قال في النهاية كذا وقع في النسخ [illegible]
الاصح ان يقال واستيفاء الردي بالجيد جائز فانما قلنا ان هذا اصح لوجهين احدهما ان الاستدلال
بقوله كما اذا تجوز به في بدل الصرف والسلم يوذن ان [illegible] استيفاء الردي بالجيد
لان التجوز انما يستعمل فيما اذا اخذ الردي مكان الجيد ولان جواز استيفاء الجيد بالردي [illegible]
لا خلاف فيه فلا احتياج الى الاستدلال بشيء اخر والثاني الاستدلال بوضع المسئلة فان وضع المسئلة
فيما اذا استوفى المرتهن لعشرة قيمة [illegible] العشرة [illegible] فكان المرتهن مستوفيا
الردي بمقابلة الجيد واري ان ما في النسخ حق ويعلم ما يريده صاحب النهاية قليل تأمل وقوله
وقد حصل [illegible] ولا يستحق الا بالرداءة والقرض عليه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه
لا بد له من مطالب وهو اما ان يكون الراهن او المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه متعنتا لطلبه
ما يضره ولا المرتهن لانه مطالب فلا يكون مطالبا ولانه يلزم تضاد الاحكام وملكه نفسه
لنفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين وقوله وهذه فريعة كذا انما يتصور جعلها فريعة لتلك
بناء على ما روى عيسى بن ابان ان محمدا مع ابي يوسف في تلك المسئلة واما على الرواية المشهورة
فلا يتصور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذه مع ابي يوسف وقوله والفرق لمحمد يعني على
تقدير ان تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة انه اي رب الدين قبض الزيوف ليستوفي دينه
من عينها اي ان يكون عينها مقام ما له عليه من الدين والزيادة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك
والمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل اخر فكان قابلا للرده بالضمان واخذ مثل حقه فينتقض
القبض ووجه البناء ما قيل ان الزيوف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض للاستيفاء وهلاكه

اي كفعل اليتيم بنفسه قوله والحكم فيه هذا يعني لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه

بجنسها

الحقيقة صح

المستوفي اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشيء عند ابي حنيفة لمكان الجودة فكذا في
الرهن قال شيخ الاسلام في مبسوطه ولكن جعل هذه المسئلة متفرعة اولى لانه وجدها هنا المرتهن راضيا
بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه ان بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم توجد
ثمة وقوله ولو انكسر الابريق كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره
ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل وزنه قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجبر الراهن على الفكاك
لانه لو اجبر عليه فاما ان يكون مع ذهاب شيء من الدين او مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن
لا وجه الى الاول لانه اي المرتهن يصير قابضا دينه بالجودة على الانفراد فانه لم ينقص من الدين
الا في مقابلة ما فات من جودة الابريق بالكسر وذلك ربوا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالرهن
لان المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه حقه ناقصا اذا لم ينتقص
شيء من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين ان يفتكه بما فيه اي بالدين الذي في المكسور وهو
جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن قيمته من جنسه او من خلاف جنسه مصوغا ويكون رهنا
عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا
لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا يعني بما تقدم انه لا وجه الى ان
يذهب شيء من الدين ولا ان يفتكه مع النقصان بقوله يفتكه مجانا وهو متعذر صار بمنزلة
الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو معناه
وقلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه ان يكون مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس
الكلي بان يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين اولى وفي عبارته تسامح والحق فكان
التضمين بالقيمة واجبا صوابا او الصحيح وما شاكل ذلك وقوله وفي الوجه الثالث وهو ما اذا
كانت قيمته اقل من وزنه بان يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود غش فيه يضمن قيمته
جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربا او رديا من جنسه ويكون المضمون مرهونا عنده الى ان يحل
الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر كما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة
الانكسار على ما مر وكذا عند محمد رحمه الله لانه يعتبر الانكسار بالهلاك وعنده بالقيمة يعني في هذا
الفصل وهو ما اذا كانت قيمة الابريق اقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث
على الثاني لاحتياج الثاني الى زيادة بيان فيطول يعني في الوجه الثاني وهو ما اذا كان وزنه عشرة
كالدين وقيمته اكثر من وزنه اثني عشر لجودة وصياغة فيه عند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته
ويكون رهنا عنده وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق
ويفرز سدسه حذرا عن طريان الشيوع فان الطاري منه كالمقارن كما تقدم وعند محمد ان النقص
بالانكسار وان كان درهما او درهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وجه قول ابي حنيفة
ان الغرض في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا
اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين فبعضه مضمون وهذا مقابلا بالدين والزائد بمكانه
الجودة على المضمون والامانة لحصته المضمون مضمونة وغيرها امانة وهذا لان الجودة تابعة
للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا
من حيث الوزن لان الغرض ان وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث الوزن
~~حيث الغرض ان وزن الرهن مثل وزن الدين~~ فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم
التبع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك ان حالة الهلاك حالة الاستيفاء فيتبع

الفضل

الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن فيكون
مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول ابي يوسف ان الضمان والامانة يشيع في
الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف
المريض فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من
الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لكونها هدرا لا في ذاتها فكانت زيادة القيمة
بالجودة وصنعته وسدسه امانة فالتغير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون
يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده ايضا فيضمن خمسة اسداسه من خلاف
جنسه ووجه قول محمد ان الوزن مضمون والجودة امانة المناسبة لان الجودة تابعة للوزن
لا تنفصل عنه وصفة الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل في مقابلة الاصل والتبع بالتبع واذا ظهر ذلك
فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار
عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذا عند الانكسار ان يكون
مضمونا بالدين ويجبر الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن
المضمون باق بحاله فلا يجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء واعلم ان الدرهم والدرهمين ليس
بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصياغة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا
باعتبار ان الزيادة في المسئلة مفروضة بذلك قال ومن باع عبدا كلامه واضح وقوله ولم يبق
معنى الكفالة والرهن للجهالة يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر
الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيفاء لان المشتري
ربما يأتي بشيء يساوي عشرة ويعطي كفيلا معسرا وليس في ذلك من التوثق شيء فبقي الاعتبار بعين
الشرط فيفسد العقد وقال ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك
الثمن قيل يريد به ثوبا غير المشتري والصحاب رحمهم الله وغيرهم سواء وقوله ولو قال امسكه رهنا حتى اعطيك ثمنه
فهو رهن بالاجماع وقوله علم ان مراده لان حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح
بذلك علم ان مراده الرهن

فصل من هذا الكتاب

وجه تقديم هذا الفصل كون الرهن متحدا ولا خفاء في تأخر العدد عن الانفراد وقوله وصار
كالمبيع في يد البائع يعني ان المشتري اذا ادى حصة احدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من اخذه حتى
يؤدي باقي الثمن فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا كما لو رهن عبدين بالف لكل عبد بخمسمائة
ثم قضاه خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبض اذا ادى ما سمي
لكل واحد منهما مما ذكر في الكتاب وقوله الا يرى توضيح لذلك فانه لما تمكن المرتهن من تفريق العقود
في الابتداء وجب ان يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله ان الصفقة تتفرق في
باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق بتفرق التسمية
بدليل انه لو باعه عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز

لو تمكن صح — ميطله صح

كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض فبعد ما نقد بعض الثمن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما ان بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان احد العبدين اكثر قيمة مثل ان يساوي احدهما الفا والآخر الفين ورهنهما بثلاثة الاف احدهما بالف والآخر بالفين ولم يبين هذا من ذاك واراد الراهن فكاك الذي قيمته الفان فادى الفا ويقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن يقول بل هذا رهن بالفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فلهذا احتكم من فكاك البعض بقضاء بعض الدين قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين صورة المسألة ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين وعدمه ولا لكون الدينين من جنس واحد او من جنسين مختلفين بان يكون دين احدهما دراهم ودين الآخر دنانير لان الكل في ذلك سواء وقوله لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه قيل هو منقوض بما اذا باع رجلين او وهب من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى العين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان يكون مملوكة لشخصين على الكمال فيجعل شائعة تنقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز ان تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فلا يمنع الشيوع فيه نحو الجواز لكون القبض لا يكون في الرهن والشيوع يمنعه وهذا هو الجواب لابي حنيفة في جعل ذلك سابقا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله وكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر يشير الى ان كل واحد منهما باقيا ما لم يصل الرهن الى الراهن وقوله لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه اجنبي مقصود من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي ان لا يسترد الراهن ما قضاه الى الاقل من الدين عند الهلاك لكنه يسترده واجيب بان ازدنا ان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما ~~باقيا ما لم يصل الرهن فكان كل واحد منهما~~ مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان دينه وفا بدينهما فتبين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا وهذه عكس المسألة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان عبد في يد رجل ادعاه رجلان انه رهنه عنده بدين له عليه وقبضه واقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهي اصل الوجه فيها وجعلنا ان العبد اما ان يكون في ايديهما او لا في يد واحد او في يد احدهما فان كان في يد احدهما فهو اولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشرا وقد تقدم الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول فانه صرح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب اولا وكلامه فيه واضح وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه اخذ بالقياس اخذ وجهه ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين ان حق كل واحد منهما يثبت

(هامش: اي المرتهن صح — اما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هناك تفضي الى المنازعة صح)

وجميع الرهن حتى اذا قضى دين احدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضي دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد اشار المصنف الى هذا في الوجه الاول بقوله لانا نعمل على خلاف ما اقتضته الحجة الى آخره وباقي كلامه واضح

باب الرهن يوضع على يد العدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان النائب يتلو حكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه لكن الفرق في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاشي قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل كلامه واضح وقوله ذكر قوله في بعض النسخ اشارة الى ان في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوط وشرح الاقطع ابن ابي ليلى بدل مالك فكانه شك في هذه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط كما مر في اول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنه كان عنه روايتان وقوله ولهذا يرجع العدل عليه اي على الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به فانه قال القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لان ذلك انما يكون من حيث انه امره بذلك وذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا لاقى حقا مستحقا للآمر وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا له حتى كان للراهن ان يمنعه منه واما ان يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على يد العدل ولا تاثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على قبض العدل والجواب انه قابض من حيث المالية العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكينه من الرهن المنع لا يدل على انتفائه لانه نسخ العقد والراهن يتفرد به لكونه غير لازم والقبض حقه ما دام العقد باقيا وقوله لا يقدر ان يجعل القيمة اي العدل لا يقدر ان يفعل ذلك لما ذكر قوله ولو تعذر اجتماعهما يرفع قال في النهاية اي يرفع العدل احدهما الى القاضي وفي بعض الشروح يرفع الامر الى القاضي احدهما اما الراهن او المرتهن وهو اظهر ولو فعل ذلك اي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قبض الراهن الدين والحال ان العدل ضمن القيمة بالدفع اي الى الراهن فالقيمة سالمة له اي للعدل لان كل ذي حق وصل الى حقه الراهن والمرتهن الدين فلو اخذها احدهما اجتمع البدل والمبدل فهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية او الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن او هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان قال واذا وكل الراهن المرتهن كلامه

(هامش: على الراهن صح — يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع بما ضمن ولو لم يكن بيده يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه قوله ولنا ظاهر قوله لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع نائب في الدفع عن ان يقال كما انه نائب عن الراهن صح)

والمنع وقوله فليس للراهن ان يعزل الوكيل يعني بدون رضا المرتهن وقوله لانه اي عقد الوكالة
لانه باصله فكذا بوصفه وهو الاطلاق لما ذكرنا انه صار حقا من حقوقه وقوله لان العقد
اي لان عقد الرهن لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس والاشتغال
والوكالة واوصافه التي هي اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير
كذا في النهاية وقوله وان مات الوكيل انتقضت الوكالة يعني والرهن باق كما كان لان الرهن لو
كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلان لا يبطل بموت العدل اولى وقوله وللوارث يجري فيما له
عليه الا ترى ان الميت اذا كان عليه دين يحبس على ورثة الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره
ورثوه وقوله اجبر عليه يعني يحبس اياما حتى يبيعه فان لج بعدما حبسه اياما ذكر في الزيادات
ان القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر واما على قول ابي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم
لا يبيع قياسا على مال المديون وقال الاخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله لما ذكرنا من الوجهين
جميعا احدهما انه وصف من اوصافه والاخر انه فيه ابطال حقه وقوله قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول
ذكره في المبسوط انه ظاهر الرواية وقوله ان الجواب في الفصلين اي فيما كان مشروطا في الرهن
وفيما لا يكون كذلك واحد اي يجبر فيهما ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير حيث قال فيه
اذا ابى الوكيل يجبر من غير فصل بين ان يكون مشروطا في العقد ولم يكن وكذلك ذكر في الاصل مطلقا
وقوله وقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا فاذا توى كان مال المرتهن بنفس
ما لا على ما صح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله وغرم القاتل قيمته يعني يكون القيمة
رهنا مقام العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه اي هذا الضمان من حيث المالية
وان كان مقابلا بالدم حتى لا يزاد على دية الحر فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المولى
فيبقى عقد الرهن وقوله وكذلك اذا قتل عبد الرهن عبدا اي لا يكون العدل ان يضمن المرتهن غير الثمن الذي
اعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وايضاحه شكر الله سعيه بسوق الالفاظ ومما يوضحها زيادة
ايضاح وقوله فصح الاقتضاء اي صح قبض المرتهن الثمن عن بدل دينه وقوله وان ضمن البائع اي العدل
وقوله فلا يرجع المرتهن عليه اي على الراهن بشيء وقوله فاذا تبين انه ملكه اي ملك العدل وقوله لم
يكن راضيا به اي باداء الثمن الى المرتهن وقوله فله اي فللعدل وقوله بطل الاقتضاء اي بطل قبض
المرتهن وقوله وانما اداه اي انما ادى المشتري الثمن الى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم وقوله رجع
على الراهن بالقيمة اي بالثمن وقوله لان المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله وان شاء رجع على المرتهن
اي وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي اداه اليه وقوله فيرجع به اي فيرجع المرتهن بحقه الذي
هو دينه على الراهن وقوله لا يرجع به على المقتضي اي على القابض وقوله فيكون البيع لحقه فاذا وقع
البيع لحقه وسلم له جاز ان يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع اي الوكيل
الذي لم يكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي
بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لانه
لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن وقوله متعد في حقه بالتسليم او القبض يعني الراهن بالتسليم والمرتهن
بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله فلانه انتقض اقتضاؤه اي قبضه لان الرهن لم يكن
ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا وقوله طعن ابي خازم يعني هذا الذي قلنا الطعن به ابو خازم بالحجة
المحتج بها محمد بن الحسن وابو خازم هو عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله والغرور بالتسليم كما
ذكرناه يعني قوله لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم وقوله او بالانتقال من المرتهن اليه اي الى الراهن

كانه وكيل منه اي كان المرتهن وكيلا من الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من
الوكيل الى الموكل والملك يكل ذلك اي بكل واحد من التسليم والانتقال متأخر عن عقد الرهن اما
بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتبين انه رهن غير ملكه واما بالانتقال فلان المرتهن
غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملكه المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه
فملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه فيما كان غاصبا به فيما كان الرهن بعد ذلك
من جهته فيكون ملك الراهن متأخرا عن عقد الرهن فكان رهن غير ملكه ولا اشكال ان المستحق ليس
مال المضاربة وضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متأخرا
عن عقد المضاربة لما ذكرتم ان الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه
وكل ذلك متأخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد
تقدم فصار كانه انشأ العقد بعد الرجوع فينفذ بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء
وقوله بخلاف الوجه الاول يعني اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق
على الرهن فيستند الملك اليه ويتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي
نكل مراده مسئلة المضاربة والفرق بينها وبين مسئلة الرهن وقيل يحتمل ان يكون ما لو كان الرهن
عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد
فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع
للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك

باب التصرف في الرهن والجناية عليه والجناية على غيره

التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره انما يكون بعد كونه رهنا فكان متأخرا
عنه طبعا فاخره وضعا قال واذا باع الراهن
الرهن اذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم ياذن او لم يعلم به وقد اختلف عبارة
محمد فيه في موضع قال البيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد
محمول على ما لم يجز فان القاضي يفسخه اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول
على ما اذا اجازه وسلمه وذلك لان من تصرف في ماله تعلق به حق الغير جاز موقوفا كمن اوصى بجميع
ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان اجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع باسقاط
حقه راضيا وكذا لو قضاه الراهن دينه فانه اجاز ينتقل حقه الى بدله لما ذكر في الكتاب وقوله هو
الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف انه اشترط عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا
لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخه فعن

البائع في صح

وقوله نذكره يعني في هذه المسئلة استيلاد الامة المرهونة وقوله وعندهما لتكمله يعني وان اعتق
عبدهما لكن في عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا ادى اها كمل العتق وقوله الا رواية
عن ابي يوسف فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله والمرتهن ينقلب
حقه ملكا يعني ان الرهن اذا هلك في يده كان ملكا من حيث المالية وباقي كلامه ظاهر
قال ولو دبر الراهن الرهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق
وحقيقته لم تمتنع فحقه اولى واما عنده اي عند الشافعي فلانه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن
وقوله وكذا الاستيلاد يعني التدبير والاستيلاد خرجا اي المدبر وام الولد يعني عندنا واما عنده فلان
المدبر لا يخرج منه لتبوله حكم الرهن كما مر انفا وكلامه واضح وقوله وكذلك لو استهلك
الراهن الرهن معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتها والواجب على هذا المستهلك
يعني الاجنبي وقيد بذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فانه تجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم
هلك كما سيجيء وقوله كانها هلكت بافة سماوية يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله
والمعتبر في ضمان الرهن تعليل لذلك وقيل علته النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط
من الدين شيئا واجيب بان العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع الى ما كانت
عليه قبل الهلاك فانت تلك الصلاحية وقد تعين في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فيسقط
قدر النقصان من الدين عند القتل بخلاف ما اذا لم يتخلل لعين وقد تراجع السعر لان العين
التي قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين وقوله فان نقصت عن الدين بتراجع
السعر اشارة الى هذا السؤال والجواب قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن فيه تسامح لان
الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها غيره ولكن لو عومل معاملة الاعارة
من عدم الضمان وتمكن استردادها لعين اطلق الاعارة وقوله لمنافاة بين يد العارية ويد
الرهن لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجبه وفي ايجاب الضمان على المرتهن
بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان الضمان انما يجب اذا كان يد الراهن بعد
الاعارة يد المرتهن ويده اذ ذاك يد عارية وفي ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد الراهن
يد رهن للزوم عقد الرهن وانتفاء الضمان لفوات القبض الموجب له وهو محسوس ليرد
بجواز انفكاك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح وفي غاية
التحقيق شكر الله سعيه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لمنافاة بين يدي العارية ويد الرهن
وقوله وهذا اي ما ذكرنا من اعارة احدهما باذن الاخر اجنبيا بخلاف الاجارة والبيع والهبة
من اجنبي وجملة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة
فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن او المرتهن اذا هلك حالة الاستعمال
او اجنبيا ولا ترفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن واما الاجارة
فالمستاجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة ما لو اعاره منه او اودعه فله ان يسترده
وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة او اجنبيا بمباشرة احدهما العقد باذن الاخر تماما من الراهن
فلا يتصور وقوله لما بينا يعني في صورة العارية ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن
والبينة للراهن قال ومن استعار ثوبا ليرهنه فالمعير اما ان يطلق في ذلك او يقيده بشيء فان
كان الاول فله ان يرهنه المستعير به من قليل او كثير كان جائزا عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير
باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين واليد جميعا بان الشيء اذا كان يقضي دينا عليه بما له

الفسخ

اي ح

الاستصناع روايتان كما ذكر في الكتاب وقوله وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه ولا الى المرتهن لان هذا الفسخ
لقطع المنازعة وهو الى القاضي وقوله لما ذكرنا يعني لفوات القدرة على التسليم وقوله ولو باعه الراهن
يعني لو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع
عن التوقف فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو اجاز الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتهن
يتعلق بالثمن الا ترى انه قد يرهن ليباع فايهما اجازه المرتهن وسلمه اليه نفذ وياخذ الثمن ويكون
رهنا عنده وانما خص اجازة البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه
باجازته يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان
سابقا ويصح هو والفرق ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك ان من تعلق حقه بشيء وبدل باجازته
الى غيره فان كان البدل مما تعلق به حقه تعلق به حقه وان كان عن غيره لم يتعلق ففي هذا اذا باع
الراهن الرهن ثانيا واجاز المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا حظ من العقد الثاني لتعلق بدله
فيصح تعيينه واذا اجر بعد البيع او رهن وسلم او وهب وسلم واجاز هذه العقود جاز البيع الاول
وسابقا اولا او توقع قبلها لان هذه العقود نقص لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها ان كان فيه
بدل عن المنفعة وفي ماليته العين دون المنفعة واذا لم يكن له حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته
اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه
معلوما قال ولو اعتق الراهن اذا اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه موسرا كان او معسرا وللشافعي
اقوال في شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر كالبيع في المعسر في تعليقه ابطال حق المرتهن فلا
يجوز كالبيع بل اولى لانه اسرع نفوذا من العتق حتى كان رهن المكاتب دون العتق قلنا انه مخاطب
اعتق ملكه نفسه وكل من فعل ذلك صح كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او الابق والمغصوب
فانه يشترك المرهون في فوات يد المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم ان باع فكان المقتضي متحققا
والمانع منتفيا فثبت الحكم اما تحقق المقتضي فلانه تصرف صدر عن اهله ولا نزاع فيه مضاف الى
محله لانه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لملكه قبل الرهن واما
انتفاء المانع فلان عارض الرهن لا ينبئ عن زواله لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن
كما هو عندنا او حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فتبقى العين
على ما كانت على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد ازاله بالاعتاق صح ويزول ملك المرتهن في
اليد بناء عليه كما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى
وهو حقيقة الملك الشريك عن صحة العتق فلان لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن اولى فان قيل ليس
المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا امتنع النفاذ في البيع والهبة لاعدامه قدرة
العاقد على التسليم المشروط لصحة العقدين وليس ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله
واعتاق الوارث جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع واحترازا عن قوله لغو وصورته مريض
اوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات فاعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب
ان يكون في الرهن ووجهه ان ذلك لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله واما عندهما
فلا اشكال لانه يعتق في الحال وقوله فاذا نفذ الاعتاق راجع الى اول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقتضي
وانتفاء المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر وقوله الا اذا
كان مخالفا جنسه يعني اذا كان الحاصل من السعاية مخالفا جنس حق المرتهن فانه لا يقضي به دينه
بل يبدل به جنس حقه ويقضي به دينه وقوله لانه لما تعذر الوصول دليل وجوب السعاية على العبد

وقوله

قيل اعتبار صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب ان الانفصال غير مانع لعدم استلزام احدهما الاخر فانه يجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا كالصبي فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا كالبائع بشرط الخيار فانه يزول اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين وقوله لان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة يعني المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصار كما اذا اعار ثوبا واطلق وان كان الثاني سواء كان التقييد بالقدر يعني الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه ان احتاج الى فكاكه وهو اقل المالين فالزيادة زيادة ضرر ونفي النقصان لان غرضه ان يستوفي اكثر المالين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم حقيقا به بالهلاك لكونه هو مقدار الدين المسمى مثلا قيمة الثوب ان كانت اكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك امانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعير فيما شرطه وقوله على ما بيناه يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذلك قوله لما بينا اشارة الى قوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه ليس بظاهر وقيل بيانه ولعله من الجبر يعني جبر لما فات عن الراهن من القضاء بعينه وقوله ولهذا يرجع على الراهن قال في النهاية اشار مخرجي(؟) على الحلاقة(؟) بلا معناه يرجع على الراهن بما اداه بقدر القيمة لا بما كان اكثر منها يعني ان كان قيمة الرهن الفا ورهنه بالفين فافتكه المعير بالفين ليس له ان يرجع بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك وليس بوارد على المصنف لانه وضع المسألة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله ولو اختلفا في ذلك اي في كون الهلاك حال الرهن او غيره فقال المعير هلك في حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن او بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة للمعير لانه يدعي عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد اقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما يبرئه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب اجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يعترف بذلك وقوله ولو اختلفا هكذا في نسخة قرئت على الشيخ وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيرها من الشروح ليس بصحيح والصواب بالواو ولا يقع لفظ كما لاختلاف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله في انكار ما يدعيه بعقد العارية وقوله لانه اشترى اذا القيمة كما استرد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه وقوله في اخره اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر ينتهي بتسليم الرهن الى المرتهن يعني في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم الى المرتهن بمنزلة رده الى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهر اذا كان الاستعمال قبل الرهن او بعد فكاكه فلينسبه تحصيل مقصود الامر فلا يكون ذا تعال(؟) لما يرد من صورة المستعير في حق الراهن وقد اجيب بان ثمة الرد الى نائب المعير وهو المستعير نفسه فقد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود الى الوفاق قبل الرهن كانه رد الى صاحبه وكذا وبعده الى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المصنف هو مختار شمس الائمة السرخسي واما اختيار شيخ الاسلام فهو ان المستعير يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق دلت عليه هذه المسألة قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة معناه واضح وعني باللازم ما لا يقدر على اسقاطه بانفراده وبجملته

غير صح

والحبس او المرتهن او البلدان ضمن القيمة بالخلاف لصورة غاصبا لتصرفه بغير اذنه فان كان التقييد بالقدر صح

المعير ان المرتهن استرد قيمة الرهن من المستعير او القيمة كما استرد العين

نائب صح

الرهن على صح

هو

هو ان يكون غيره ممنوعا عن ابطاله وقوله والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال يعني ان تكون الجناية في النفس وما دونها خطأ واما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله اما الوفاقية يعني اما وجه المسألة التي اتفقوا على حكمها وهي ان جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال والدليل انه اذا مات وجب الكفن على مولاه وكلما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فاذا جنى عليه لو وجب عليه شيء لكان وجب له عليه وذلك باطل وتنوقض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها توجب الضمان واجاب المصنف بما في الكتاب بخلاف الجناية الموجبة للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه اذ المرتهن غير مالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما اذا حصلت على اجنبي اخر فان قيل انها ليست محتبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب الضمان اجاب بقوله وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ان لم يسقط حقه في الدين فان ابقاءه رهنا وخطأ بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا كما كان وقوله قد دفعناه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه وتخليصه المشاكلة وان كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته او التغليب سماه دافعا وتناوله ان هذه الجناية لو اعتبرناها المرتهن كان النظر عليه لانها حصلت في ضمانه لكونه مخاطبا بالدفع والفداء الرهن فكان حكم الدفع والفداء له وعليه في حق شيء واحد ولا فائدة في ذلك وقوله وان كانت القيمة اكثر من الدين بان كانت العين والدين الفا واتلف متاع المرتهن يقال للراهن اما ان تفدي نصف دينه او يباع عليك العبد فان امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقي شيء من الثمن اخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل العبد نصفه امانة ونصفه مضمون وبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن وان بقي النصف نزل الدين وبقي العبد رهنا بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيرها ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وهذا اي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او المرتهن لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصارت كالجناية على الاجنبي قال ومن رهن عبدا بالف نقصان القيمة بتراجع السعر بعدما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص بعد وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين بعد رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله حتى لا يبرأ دعى دينه(؟) الى قوله كان معلقا بالذمة وقوله لان المولى استحقه دليل قوله لانه بدل المالية في حق المستحق وقوله او نقول دليل اخر اي لا يمكن ان تجعل المرتهن مستوفيا لالف الدين بالمالية التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر واعلم ان صور المسائل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من الف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وكما ان قيمته مائة وقتل عبد العبد ودفعه به واقوال العلماء فيه ايضا ثلاثة اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكه بجميع الدين بلا خيار وقول محمد رحمه الله في الاولى كقولهما وفي الثالثة ان الراهن بالخيار بين ان يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين ان يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما نذكره وقولهما فيه حكم الصورة الاولى والثانية واحد يعني الراهن يفتكه بالمائة ويسقط تسعمائة قياسا على الصورة الثانية فان

ان

الرهن على الراهن هدر سا

عنه
فاما المستحق بهاء دم المولى اجنبي
لو صح ان اقرار المولى عليه بالجناية
الموجبة للقصاص صح

فقد دفعناه صح

بإزاء الفين صح

في المعين فاذا هلكت بقيت مستوفيا تسعمائة

المرهون صح

حكمها ان الشعيرة ساقطة عن الرهن بالاتفاق والرهن تلك المالية التي ضمنها الرهن عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال المذكورة في الكتاب وقوله حكما ومعنى صورة ومعنى اما صورة فظاهر واما معنى فلان القائل كالمقتول في الآدمية دون المالية الا ترى الى شمولهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع ايضا وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله وقلنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الى آخره وقوله كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب يعني اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فان المشتري يتخير بين ان يأخذ بكل الثمن وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين ان يأخذ المدفوع مكانه وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله منسوخ يعني بقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن ثلاثا قوله ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله فهو على هذا الخلاف قيل في بعض الشروح هذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبر عنه بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لا زم عليه ايضا وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق واما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر ~~تنبيها لبعض من وقع التكرار~~ عنه كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار فيه واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن يعني اذا كانت القيمة والدين سواء اما اذا كانت القيمة اكثر فسيأتي واما كانت الجناية عليه لان العبد في ضمانه وقوله لان العبد كالحاصل له بعوض كان المرتهن يعني واذا كان على المرتهن وقد اقاه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما ادى الى ولي الجناية والمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن الى الراهن ولا يكون متبرعا في اداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه كمعير الرهن وقوله وحق ولي الجناية بالجعفر فعلى دين المرتهن يعني ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية ايضا حتى لو صار العبد المديون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى اي لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من قام مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في ملك العين وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك وقوله وان شاء ولي الجناية اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع او بالعكس المعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكر جناية ولد الرهن وقوله لانه سقوط الدين امر لازم فدى او دفع يعني ان الراهن اذا خوطب فلا بد له من احدهما وايهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله وان كان غائبا ذكر في الاسرار ان المراد به الغيبة المنقطعة وقوله وهذا قول ابي حنيفة وما بعده هو الموعود بقوله وسنبينها لقولين وما بعده واضح الى آخره والله تعالى اعلم بالصواب فصل

هذا الفصل للمسائل المتفرقة

التي تذكر في اواخر الكتب ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة وان نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الغائب مجرد

الوصف

الوصف وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين ان يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين ان يضمنه قيمته وتجعلها رهنا عنده عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد يتخير بين ان يفتكه ناقصا وبين ان يجعله بالدين كما في الغلب اذا انكسر فقوله يساوي عشرة توضع اتفاقا وقوله لان ما يكون محلا للبيع يعني ان الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عنده فكذا في الرهن ولقائل ان يقول لما رجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء بالرهن يختلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذا لا يختلف عن ذلك الاصل واعلم ان العصير المرهون اذا تخمر فان كانا فريقين في الرهن بحاله يخلل او يخلل وفي الاقسام الباقية ان يخلل فكذلك والله يعلم الطلاق المصنف حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه فهل المرتهن ان يخلله او لا فيه تفصيل ان كانا مسلمين او الراهن مسلما جاز تخليله لانه المالية وان تلفت بالتخليل لا يضمن وكذلك يسقط الدين لكن اعادته ممكنة بالتخليل فصار كتخليل الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك واذا جاز ذلك في المسلمين والخمر ليست بمحل للتخليل بالنسبة اليهم فلان يجوز في المرتهن الكافر اولى لان الخمر محل بالنسبة اليه واما اذا كان الراهن كافرا كلها او كان بالخل والدين على حاله لان صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذمي فخللها او خلله ويقع المقاصة ان كان دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وحقه فهو رهن بدرهم يعني اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يوم يصير رهنا فهو رهن لا يعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت اكثر ... قال ونماء الرهن للراهن لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد اذا كانت صالحة لاحكامها والرهن منها لكونه حقا لازما والا لازم هو القار وانما يكون ثابتا في جملة الام ولا يتغير من عليه بابطاله لكونها حرة وقيمته ومكاتبة ومدبرة وانما بينا بذلك لئلا يرد كفالة الحرة فانها ما تسري الى الاولاد والزكاة بعد كما الحول كذلك لانهما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات ولئلا يرد ولد الجاني ان كان من عليه يتفرد بالابطال باختيار الفداء انما قيدنا الاولاد بصلاحيتها لاحكام الاوصاف لئلا يرد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها لان الاولاد لا يحتمل الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف اما في غير الغصب فظاهر واما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الاولاد ذا ظهر هذا علم ان نماء الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له فنحن الاصل وصفا يكون تبعا للملك وكونه رهنا فيسري الى الولد فان هلك الولد هلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل اذ لم تكن مقصودة لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لم يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لانه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به اذ لو هلك قبل هلاكه مجانا مع التبع

والشيع اعتبره حكما من حيث الآدمية صح

فاما ان يكون الراهن والمرتهن مسلمين او كافرين او يكون الراهن وحده مسلما او بالعكس

وان لم يتخلل بنفسه

أن كانت قيمته سا

بدرهم

وبيعه

حتى يقابله شيء إذا صار مقصودا كولد المبيع فإنه يكون له حصة من الثمن إذا صار مقصودا بالقبض يعني
بما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض والفكاك تخرج وفي ذلك كثرة وتطويل فأعرضنا عنه
وتابعناه في ذلك وقوله فيكون تعليقها بالشرط يريد بالشرط قوله فيما جلبت فإن كلمة ما تضمنت معنى
الشرط ولهذا دخل الفاء في جزائها وقوله لأنه أتلفه بإذن المالك فيه إشارة إلى أنه لو أتلف
بغير إذنه ضمن وكان القيمة رهنا مع الشاة وكذلك لو فعل الراهن ذلك بدون إجازة
المرتهن قال وتجوز الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوبا بعشرة
تساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الأول رهنا بالعشرة جائز عند علمائنا
رحمهم الله والزيادة على الدين لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لأبي يوسف
رحمه الله وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن
والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة وهو أن يتزوج المولى أمته من رجل بألف ثم زوج أمة أخرى
بتلك الألف وقبل الزوج يصح العقدان وينقسم الألف عليهما وقد ذكر في الإجارة وطريقه التي
غير ذلك أن ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضرير أنه قال لا يجوز أن يكون مراده
من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحة أن يقول المولى زدت لك أمة أخرى بذلك المهر فأما لو
قال زوجتك هذه الأمة الأخرى بذلك المهر لزم أن يصح وقوله ألا ترى أنه لو رهن عبدا
بخمسمائة يعني من الدين الذي هو ألف فيكون هو بنصف الدين كان جائزا ولو رهن ثوبا
بعشرين بعضه بعشرة لم يصح وقوله والالتحاق بأصل العقد في فصل الجامع الذي ذكره أبو
يوسف وهو واضح وحاصله أن الالتحاق بأصل العقد إنما يتصور إذا كانت الزيادة في المعقود
عليه أو المعقود به والزيادة في الدين ليست في شيء من ذلك أما أنه غير معقود عليه فظاهر
وأما أنه ليس معقودا به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فإنه معقود عليه
فإنه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله وتسمى هذه زيادة قصدية يعني بخلاف
نماء الرهن فإنه لا تسمى زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلف حكمهما وقوله وإذا ولدت المرهونة
ولدا يعني إذا رهن جارية بألف تساوي ألفا فولدت ولدا يساوي ألفا فزاد الراهن ذلك
هذا العبد مع الولد رهنا وهو أيضا يساوي ألفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد
دون الأم وينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك وإلى قيمة الأم يوم العقد فما أصاب الولد يقسم
على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لأنه دخل في ضمانه بالقبض فإن مات الولد
بعد الزيادة بطلت لأنه إذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة
ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الأم قسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة
يوم القبض فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها لأن الزيادة دخلت مع الأم فصارت كأنها كانت
في أصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الأم خاصة فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان
فيها وبقي الولد والزيادة بما فيهما لأن هلاك الأم لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم
في الزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الأم ولا ولد معها
قال فإن رهن عبدا كلامه واضح وقوله على ما بينا من قبل يعني في صدر كتاب الرهن
في تعليل أن تمام الرهن بالقبض وقوله خلافا لزفر وهو أنه يقول إن الضمان في باب الرهن إنما
يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الإبراء وقبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء
فإن لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجوب

كما

ونصفه بعشرة

معقود عليه لأنه

هذا العبد

كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالإبراء أي بسببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا
بالدين فإن قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فإنه إذا طلبه الراهن ومنعه المرتهن
بعد الإبراء فإنه يضمن وقد سقط الدين أجاب بقوله إلا إذا أحدث منعا لأنه يصير به غاصبا
لانتفاء ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله أي بالإبراء
يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين
به إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله فيفضي إلى الدور
وقوله فأما هو يعني تعذر الاستيفاء فأما الدين فهو باق في نفسه وهو تقرير لما تقدم
فإن هلك يعني الرهن يتقرر الاستيفاء الأول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو
الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء وقوله وكذا إذا اشترى معطوف على قوله ولو استوفى وفي
قوله لأنه أي لأن كل واحد من الشرى والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن إن كان
باقيا وقيمته إن هلك يريد به قبل الرد وقوله لأنه بمعنى البراءة بطريق الأداء إشارة إلى الجواب
عما يقال إن ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغي أن يكون بمعنى الإبراء فهلك أمانة ووجه
ذلك ما أشار إليه أن الحوالة وإن كانت إبراء لكنها بطريق الأداء دون الإسقاط لأنه يؤول إلى بعقد
الحوالة الأخرى وقوله لأنه يعني المحال بمنزلة الوكيل عن المحيل بقبض الدين وقوله وكذا لو تصادقا
على أن لا دين ثم هلك الرهن اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف ومنهم من قال إذا كان التصادق
بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك لأن وجوبه ظاهرا يكفي لضمان الرهن
فكان مستوفيا فأما إذا كان قبله هلك أمانة لأن بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل وضمان
الرهن لا يبقى بدون الدين ووجه مختار المصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق
على قيامه يعني بعد التصادق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه
فتكون الجهة باقية وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب وقوله بخلاف الإبراء راجع إلى قوله
ولو استوفى وذلك متصل به يعني نقيضه على جواب الاستحسان في صورة الإبراء والأولى أن يرجع
إلى قوله فتكون الجهة باقية

فيهلك

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقيب الرهن لأن الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الأنفس والمال وسيلة
للنفوس فكان مقدما عليها ومحاسن أحكامها محاسن الحدود والجناية في اللغة اسم لما يكتسب من
الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام إلا أنه في الشرع خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس
والأطراف والأول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعا وجرحا وسببها
سبب الحدود وشرطها كون المحل حيوانا قال القتل على خمسة أوجه القتل الذي يتعلق به
حكم من القصاص والدية وكفارة وحرمان الإرث خمسة أوجه وذلك لأنا قد استقرينا فوجدنا

النفوس

قصاص ودية إلخ

ما يتعلق به شيء من الأحكام المذكورة أحدها هو المذكور وقال صاحب النهاية لا يخلو إما أن
يحصل بسلاح فلا يخلو إما إن كان به قصد القتل أو لا فإن كان فهو العمد وإن لم يكن فهو الخطأ
وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما إن كان معه قصد التأديب والضرب أو لا فإن كان فهو
شبه العمد وإن لم يكن فلا يخلو إما إن كان جاريا مجرى الخطأ أو لا فإن كان فهو هو وإن لم
يكن فهو القتل بسبب وبهذا الانحصار يعرف أيضا تفسير كل واحد منها وصيغته وركاكته
ظاهرة فقوله أو ما أجري مجرى السلاح يعني في تفريق الأجزاء كالمحدد من الخشب وليطة
القصب وهي قشره وقد تقدم وقوله وقد نطق به غير واحد من السنة منها ما قال صلى الله
عليه وسلم في خطبته بعرفات ألا إن دماءكم وأنفسكم محرمة عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم
هذا في عامكم هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم
قال والقود يعني القصاص معطوف على قوله المأثم أي موجب القتل العمد الإثم في الآخرة
والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وهو بظاهره لا يفصل بين
العمد والخطأ لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أي موجبه
والحديث مشهور ولأن الجناية بها أي بالعمدية تتكامل وقوله لا شرع لها دون ذلك أي لا شرعية
للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقرير حجته أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما تتكامل
به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل وقوله ثم هو يعني القود وقوله وهذا لأنه تعين مدفعا
للهلاك يعني لأن القاتل في الامتناع من أداء الدية بعدما استحق نفسه قصاصا يسعى
ويلقي نفسه في التهلكة فيجب عليه ويمنع عنه شرعا ولنا ما تلونا من قوله تعالى كتب عليكم القصاص
ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر في الخطأ الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيما
هو ضد الخطأ وهو العمد ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا تلزم الزيادة على النص بالرأي
ووجه التمسك بالسنة أن الألف واللام في قوله العمد قود للجنس إذ لا معهود ينصرف إليه
فيقتضي بنصيصه على أنه حكم جنس العمد فكان من عدل عنه إلى غيره زاد على النص مثل ابن عباس
رضي الله عنهما في قوله العمد قود لا مال فيه إلى ذلك ووجه المعقول أن المال لا يصلح موجبا
في القتل العمد لعدم المماثلة لأن الآدمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فلا يتماثلان
بخلاف القصاص فإنه يصلح موجبا للتماثل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الأحياء زجرا
للغير عن وقوعه فيه وجبرا للورثة فيتعين فإن قيل كيف صلح موجبا في الخطأ والفائت به
مثل الفائت في العمد أجاب بقوله وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار
فإنه لما لم يمكن إيجاب القصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال والآدمي مكرم لا يجوز إهداره ردا على
أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والعمد ليس في معناه حتى يلحق به وقوله ولا يتعين بعدم
قصد الولي بعد أخذ المال جواب عن قوله لأنه تعين مدفعا للهلاك وذلك لجواز أن يأخذ الولي
المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله فيكون هذا الوهم موجبا فيما أخذ المال صلحا وقد جاز ذلك
بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعورض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له
قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية وبأن الشرع أوجب القصاص
لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بالواحد والقياس يقتضيه
فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكينه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا
يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وأن القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص

وهو

وهو الانتقام وتشفي الصدور فإنه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية من إفناء قبيلة بواحد
لا أنه كان تأخذ من أموال كثيرة عند قتل واحد منهم بدل القاتل وأصله كونه من المتلفين وأمثاله
ما رضي به أولياء المقتول فكان إيجاب المال تبعا مقابلة القتل العمد تضييعا لحكمة القصاص وإذا ثبت أن
الأصل هو القصاص لم يجز المصير إلى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الأولياء فإنه تعذر الاستيفاء
حينئذ أو أن يكون المحل للقصاص ناقصا بأن يكون يد القاطع أقل أصبعا وأمثال ذلك وقوله
ولا كفارة فيه عندنا أي في القتل العمد وشرطها الشافعي إلحاقا بالخطأ لأنها لستر الذنب والذنب في العمد أعظم ولنا
أنه كبيرة محضة وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه
أصول الفقه وقوله ولأن الكفارة جواب عن قياس الشافعي وهو واضح فإن قيل هب أن القياس
لا يصلح فليلحق دلالة لأنهما مثلان في المناط وهو الستر ولا معتبر لصفة العمدية إذا قتل الصيد
عمدا فإنه كقتله خطأ فالجواب أن المماثلة ممنوعة فإن ذنب العمد لا يستر بها لعدم صلاحيتها كما
مر فإن قال وقد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الأسقع أتينا رسول
الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق
الله بكل عضو منها عضوا منه من النار وإنما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه
العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمنا لكنه لا يعارض إشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا
فجزاؤه جهنم حيث جعلها كل الجزاء فإنها تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور
بعضه وهو خلف قال وشبه العمد عند أبي حنيفة اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل
فقال أبو حنيفة رحمه الله شبه العمد هو أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجري مجراه سواء كان
الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصارين أو لم يكن كالعصا الصغيرة وقالا هو أن يتعمد
الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة إذا لم يوال في الضربات وأما إذا والى فقتل فشبه
عمد عندهما وقتل عمد محض قالا سمي هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمدية فيه وإلا لكان عمدا
وإنما قصاره وإنما يتصور في استعمال آلة لا يقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فإنه لا يقصد باستعماله غير
التأديب ونحوه لا في استعمال آلة لا تلبث فإنه لا يقصد باستعمالها إلا القتل ولأبي حنيفة رحمه
الله قوله صلى الله عليه وسلم ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل رواه
النعمان بن بشير رضي الله عنه ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم جعل قتيل السوط والعصا
مطلقا شبه العمد فتخصيصه بالصغيرة إبطال للإطلاق وهو لا يجوز ولأن العصا الصغيرة والكبيرة
تساويا في كونهما غير موضوعتين للقتل لا مستعملتين فيه إذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله
وبالاستعمال يحصل القتل غالبا وإذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه العمد فكذا بالكبيرة
وقوله وموجب ذلك أي موجب شبه العمد على القولين يعني قول أبي حنيفة وقولهما الإثم لأنه قتل
وهو قاصد في الضرب على ما مر من تفسيره والكفارة لشبهه بالخطأ والدية المغلظة على العاقلة والأصل
أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة احترز بقوله لا بمعنى يحدث
من بعد عما إذا تصالحوا فيه على الدية وقتل الوالد ولده عمدا وعن إقرار القاتل بالقتل خطأ وذكر أن قتله
عمدا فإن في هذه الصور تجب الدية على القاتل في ماله وقوله لقضية عمر يعني ما روي عنه رضي
الله عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين والمروي عنه كالمروي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم لأنه لا يعرف بالرأي وذكره والحجة عليه ما أسلفناه من قوله صلى الله عليه
وسلم ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا الحديث وذكر المجهود من المصنف حكمه أن يقول

ما رويناه والجناية يقال اما قال استحسانا نظرا الى الحديث والمعنى المعقول قال والخطأ على نوعين
اما الخطأ في الخطأ في النوعين لان الرمي الى شيء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو
الرمي فان اتصل الخطأ بالاول فهو الاول وان اتصل بالثاني فهو الثاني فقوله لما بينا اشارة الى
قوله ويجب بالاول دية سنان بقضية عمر رضي الله عنه ولا اثم فيه في الوجهين اي النوعين لقوله صلى
الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ الحديث وقوله ويحرم عن الميراث لان فيه اثما بدليل وجوب
الكفارة والحرمان من انواع القتل فيما هو جناية قيل على المورث تضمنت تهمة الاستعجال الى الميراث
وهذا كذلك لاحتمال انه قصد الا انه اظهر الخطأ من نفسه وقد ذكرنا ذلك في شرح الرسالة المختصر
الصوفية في الفرايض المشتهر بتابينا الله تعالى وقوله بخلاف ما اذا تعمد متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة
والدية ... بنصب يد رجل فاخطأ فاصاب عنقه فقتله فهو عمد وفيه القود ولو اراد يد رجل فاصاب عنق
غيره فانه خطأ وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لان النائم لا يوصف فعله
بالعمد ولا بالخطأ الا انه في حكم الخطأ في الاحكام لان المقتول مات بثقله فكانه مات بفعله وقوله لانه
الشرع انزله كالخطأ بمعنى في حق الضمان فكذا في الكفارة والحرمان وقلنا ان الكفارة تجب بالقتل وهو
معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به واما الحق به في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء
عن الهدر فيبقى في غيره على الاصل فان قيل الحافر في غير ملكه يأثم وما فيه الاثم من القتل يصح
تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطأ اجاب بقوله وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه يعني الاثم الحاصل
بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فان اثمه اثم الحفر لا الموت وقوله وما يكون شبه
عمد في النفس فهو عمد فيما سواها يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد وخطأ لان اتلاف النفس يختلف
باختلاف الآلة فان اتلاف النفس لا يقصد الا بالسلاح وما جرى مجراه واما ما دونها فانه يقصد اتلافه
بغيرها كما يقصد به الا ترى انه فقأ العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة والله اعلم

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

لما فرغ من بيان اقسام القتل فكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج
الى تفصيل ذلك في باب على حدة قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد هذا ضابطة
كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقن الدم منعه ان يسفك وقوله على التأبيد احترازا عن المستأمن
فان حقن دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة المبني عليها القصاص ولابد من صفة
العمدية لما بيناه من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ومن ان الجناية تتكامل به وفيه بحث من اوجه الاول ان
العفو مندوب اليه وذلك ينافي وجوب القصاص بالوجوب الثاني ان حقن الدم على التأبيد غير متصور
لان انتهى ما يتصور منه ان يكون المسلم في دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله الثالث
انها منقوضة بقتل ابنه المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص الرابع ان قيد التأبيد لثبوت المساواة
واذا قتل المستأمن مثله وجب القصاص ولا مساواة والجواب عن الاول ان المراد بالوجوب
ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني ان المراد بالحقن على التأبيد ما هو بحسب

والارتداد دار من لا معتبر لرجوع الحربي امثل لا عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه
انقلب مالا لشبهة الابوة وعن الرابع بان التفاوت الى النقصان غير مانع عن الاستيفاء
بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى
وقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله وكتبنا عليهم فيها ان النفس
بالنفس وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وذكر قول الشافعي ووجهه وهو واضح وقوله
وهي اي العصمة بالدين عنده او بالدار يعني عندنا والحر والعبد يستويان فيها فيجري القصاص
بينهما قال وقال الشافعي ان يكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق اثر الكفر وحقيقة
الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا اثره اجاب بقوله القصاص ومعناه لا يعقل
ذلك ما تقدم اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك وقوله
والنص تخصيص بالذكر جواب عما استدل به من المقابلة في الآية ووجهه ان ذلك تخصيص
بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله تعالى والانثى بالانثى فانه لا ينفي الذكر بالانثى ولا العكس
بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك ان ابن عباس رضي
الله عنهما روى ان قبيلتين من العرب تدعي احديهما فضلا على الاخرى اقتتلتا فقالت مدعية
الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى
هذه الآية ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد اجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد
المساواة في الجزء المبان فانه لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء لعدم المساواة بينهما في ذلك
لان الرق ثابت في اجزاء الجسم خلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد على العصمة وقد تساويا
فيها على ما مر والمسلم والذمي كذلك سواء اختلف العلماء في ثبوت القصاص للمسلم بالذمي فذهب
عامة العلماء الى عدمه وذهب ابو حنيفة واصحابه الى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي
استدل الاولون بما روى ابو جحيفة قال سألت عليا رضي الله عنه هل عندكم من رسول
الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن قال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة الا ان يعطي
الله عبدا فهما في كتابه وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم
بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية لان القاتل اذا كان عبدا وقت الجناية ثم
اسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة
اي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم ان
رجلا من المسلمين قتل رجلا من اهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا
احق من وفى بذمته ثم امر به فقتل وفي دلالته على المطلوب خلاء لا يجاري ورد بانه مرسل روي
عن ابن البيلماني وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ ابن البيلماني حديثه منكر روي عن
ان النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وهو مرسل منكر قال الدارقطني ابن البيلماني
لا يقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا ارسل والجواب ان الطعن بالارسال والمعترض ممن لا
الحديث غير مقبول وقد عرف في الاصول ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة
نظرا الى التكليف يعني عملا او الدار يعني عندنا مثبت قوله والكفر مبيح قوله والمبيح كفر المحارب
جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره انا لا نسلم ان مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب
قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية قوله واعتبر بحاله
الدفع قوله فيورث الشبهة اي قتل الذمي دليل على ان كفر الذمي لا يورث الشبهة اذا اقتص مسلم

قلنا فيكون قبل قتله المستأمن معصوماً كالمسلم فيجب القصاص وقوله والمراد بما روي جواب عما استدلوا
به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو جحيفة
عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذو عهد واليه
اشار المصنف بقوله لسياقه وهو ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف على هذا الاول والعطف
للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه الى ان لا يقتل ذو عهد في عهده وان
قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول
بما انزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي
واذ لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا لكان من ذلك اعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه
من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف باطل فان قيل ما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه
وقتلهم واجب فالجواب من وجهين احدهما المسلم دخل دارهم بامان فقتل كافرا حربيا فهو حرام لكن
لا يقتص منه والثاني ان يقتل من لا يحل قتله من اهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من
معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا قال ولا يقتل يعني المسلم بالمستأمن لانه غير
محقون الدم على التأبيد كما تقدم في اول الباب ولان كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع
الى داره فكان كالحربي ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا انه ليس بمحقون الدم على التأبيد وقيل
هو اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله
لما روينا ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا اريد هنا بالحربي اعم من ان يكون مستأمنا او محاربا
وهو الحق وينشأ عنه السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه وعن قوله لما بينا لان التقدير
المذكور ليس بمروي وانما هو ثابت بدليل فلم يصح لما روينا وقوله للعمومات يعني الآيات الدالة بعمومها
على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله ولان في اعتبارا لتفاوت الى آخره يصلح لجميع ما خالفنا فيه
الشافعي رحمه الله قال ولا يقتل الرجل بابنه لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم
لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لاحيائه وهو وصف معقول ظهر اثره في جنس الحكم
المعلل فانه لا يجوز له ان يقتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او وجده زانيا وهو محصن
فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى الجد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم اسباب لاحيائه
فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم وقوله والقصاص يستحقه المقتول جواب عما يقال الولد يستحق
افناؤه لا الولد لانه محذور فيه ولو قال في الجواب ان يتسبب لفنائه لا يستغني عن هذا السؤال
والجواب وقال مالك رحمه الله ان ذبحه بعادية لا تبقى شبهة الخطأ من كل وجه بخلاف ما اذا رماه
بسيف او سكين فان فيه توهم التأديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة
قال المصنف وهو بالاطلاق حجة على مالك رحمه الله وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته
وهو محصن فانه يرجم اجيب بان الرجم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب
ان يحد اذا زنى بجارية ابنه لان حق الملك بقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك صارت
شبهة في الدرء وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه سبب لاحيائه وقوله ولا ولاء بالرفع معطوف
على الضمير المستكن في يستوجب وجاز ذلك بلا تأكيد بمنفصل لوقوع الفصل يعني ولا يستوجب ولده
على ابيه اذا قتل الاب عبده قال ومن ورث قصاصا على ابيه يعني مثلا ان يقتل الرجل ام ابنه
مثلا قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف يعني اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى الا
بالسيف وقال الشافعي رحمه الله ينظر ان كان قتله بفعل مشروع مثل ان قطع يده فمات منه

مطلب يرجم من زنى بابنته

فعل

فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا تجز رقبته وان كان بغير مشروع كان
سقاه الخمر حتى قتله او لاط بصغير فقتله بالسيف لان مبنى القصاص على المساواة وذلك فيما ذكرنا
لان فيه مساواة في الاصل والوصف اي الفعل والمقصود ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود
الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره فيلحق به ما كان سلاحا فان قيل يحتمل ان يكون
المراد لا قود يجب الا بالسيف اجيب بان القود اسم لفعل هو جزاء القتل كالقصاص دون ما يجب
شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤول اليه وهذا مختار صاحب الاسرار وفخر الاسلام قدس سره بلا
قود يجب الا بالسيف واستدل به لابي حنيفة في نفي القصاص عن القتل بالمثقل وقد قررناه في
التقرير وقوله ولان فيما ذهب دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة
ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل
لان فيه الحز بعد فعل ما فعل به وانه غير جائز لادائه الى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما في
كسر العظم فانه من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص منه واذا جاز ترك القصاص
للعجز عن توهم الزيادة فلان يجوز ترك البعض اولى قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث
الا المولى او قتل المكاتب عمدا فلا يخلو اما ان ترك وفاء او لم يترك فان كان الاول فلا يخلو اما
ان يكون له وارث غير المولى اولا فان كان الثاني فللمولى القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا واستدل بما ذكر في الكتاب وكان يحام حول الدرء
بالشبهات ولهما ان حق استيفاء المولى بتعين الى آخره وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل هذه الشبهة
لانحطاطها عن درجة لان الشبهة اذا رجعت الى شخص وحكمها لم يختلف صار السبب واحدا في الحكم
واما اذا رجعا الى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى او اختلف حكمها كالمسئلة المستشهد بها
فيمكن ان يكون معتبرة وان كان الاول فلا قصاص وان اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما ذكر لان الصحابة
رضي الله عنهم اختلفوا في موته على نعت الحرية او الرق فانه على قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما يموت
حرا اذا ادى كتابته فيكون الاستيفاء لورثته وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدا فيكون
القصاص للمولى بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها وان كان الثاني وهو ما اذا مات ولم يترك وفاء
فواضح كما ذكرنا ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء وله وارث ارق لعدم الفائدة في ذكره لان
حكمه حكم المذكور في الكتاب وقوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء يعني لا يجب القصاص
لان ملك المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه قال واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه
فلابيه وهو جد المقتول استيفاء لانه من باب الولاية على النفس شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة
يتضرر الولد ضرب نفسه فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ وله اي
لولي المعتوه ان يصالح لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لانه انظر في حق المعتوه وقوله
لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس وقوله لانه لا تشرع له ولاية على نفسه اي نفس
~~المعتوه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس وقوله لانه ولاية على نفسه~~
اي نفس المعتوه وهذا اي الاستيفاء من قتله ويندرج تحت هذا الاطلاق يريد قوله والوصي بمنزلة
الاب في جميع ذلك وقوله لان الوصي لا يملك الصلح يعني عن النفس واما ما دونها فيملكه وقوله وانه
اي المال انفع بعده اي بعد الوصي قال ومن قتل وله اولياء اذا كان اولياء القتيل صغارا
وكبارا فاما ان يكون فيهم الاب او لا فان كان فلهم الاستيفاء عندهما بالاتفاق وان لم يكن فكذلك
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظاهر على ما ذكر ووجه

فيجب صح

الاستيفاء صح

لا الى راجع اليها اي النفس وهو تشفي الصدر فيلية كالانكاح ... اذ كل من يملك الانكاح يملك الاستيفاء ... دون القصاص لانه شرع صح

صغارا وكبارا صح

أبي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والكبار من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه
فانه في الغائب موضوع الاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ما يوهم احتمال الاستيفاء
فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب وهو القرابة ثبت لكل واحد كاملا كما
في الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو احدهما كما لو تعدد القتيل وعفى احد الاولياء
فان لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة واجيب بان الحق واحد فلولي يسقط كان تبايا بانه
وهو محال فسقط القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتيل فان الحق ثمة
متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره وقوله ومسئلة المولين ممنوعة جواب عن قوله
او كان بين المولين وسنده منعه ما ذكر في الاسرار لا رواية في عبد اعتقه رجلان ثم قتل وله مولى
فيجوز ان يقال لا نسلم ان احدهما لا ينفرد بالاستيفاء ولئن سلمنا فاحد المولين انما لم ينفرد بالاستيفاء
لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب اصلا فكانا كشخص واحد والواحد
منهما كنصف رجل وشطر علة قال ومن ضرب رجلا الى اخره واضح وكذا قال ومن غرق صبيا
وكما بناه اشارة الى قوله يفعل به كما فعل ان كان فعلا مشروعا وقوله لهما اي لابي يوسف ومحمد
والشافعي رحمهم الله لكن استدل الشافعي بالحديث واستدلا بالمعقول وقوله ولا امرأة في
الغضب اي لا سبك فيهما وقوله ومنه المقتضية الخلية الحلم الذي به وكلهما كان وقوله ومما رواه
غير مرفوع لانه يلزم على قوله التحريق وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا احدا
بعذاب الله وهو محمول على السياسة وقد اومت اي اشارت الكتابة اي الى كونه محمولا على السياسة
اضافته الى نفسه حيث قال غرقته ولم يقل غرقوه وقوله واختلاف الروايتين مرموز على الابتداء
وقوله في الكفارة خبره يعني ان اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله انما كان في الكفارة
فانه روي عنه انه لا كفارة في شبه العمد وروى الطحاوي ان فيه الكفارة عنده واما الدية
فانها واجبة عنده من غير تردد وقوله لوجود السبب يعني سفك دم محقون على التأبيد عمدا
وعدم ما يبطل حكمه يعني من عفو او شبهة قال واذا التقى صفان ظاهر وقوله احد نوعي الخطأ
يريد به الخطأ في القصد وقوله وكذا الدية منصوب بعطف على الكفارة وقوله على ما نطق به
النص يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الاية وقوله ولما اختلف سيوف المسلمين اي
تواردت سيوف المسلمين توالت على اليمان ابي حذيفة في بعض الليالي في غزوة خندق فقتلوه
على ظن انه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فوهبها لهم حذيفة قال ومن
شج نفسه واضح وقوله وفعله بنفسه هدر في الدنيا يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لمكان الجناية
والشافعي وقوله يغسل ويصلى عليه اثر كون فعله غير معتبر لانه مات فانه يغسل ويصلى عليه صار كانه
مات حتف انفه بمرض من غير فعله في نفسه وقوله ولا يصلى عليه لا ان جنايته على نفسه معتبرة فصار
كالباغي وقوله فلم يكن هدرا مطلقا متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبرة في الاخرة والباغي واضح

فصل يشتمل على المسائل التي

من جنس واحد لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص ذكر ها هنا ايجاب القصاص وهي كلها

هذا الفصل وكلامه واضح وقوله الطل دمه اي اهدر وقوله والمعنى اي ومعنى الوجوب دفع الضرر
لان الواجب هو دفع الشر اي على وجه كان لا عين القتل وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكرنا من الحديث
والمعقول وقوله وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة يعني اذا صال على انسان فقتله المصول عليه عمدا
يضمن الدية والقيمة وقوله فاشبه المكره يعني ان المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره اضيف
التلف الى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه فاشبه المكره بعد ما فعل المكره ينتقله وقوله قائل
دون مالكه اي لاجل ماله وقوله فكذا السرقة كذا في الانتهاء لانه اشهل من الابتداء

باب القصاص في الاطراف

لما فرغ من بيان القصاص في النفس اتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الاطراف وكلامه
واضح وقوله ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد وهو البطش لا تختلف بذلك ولا يرد الشجة
الموضحة اذا اخذت ما بين قرني المشجوج وما اخذ من الشاج لكبر راسه فان الكبر قد اعتبر وخير
المشجوج بين الاقتصاص بمقدار شجته وبين اخذ ارش الموضحة لان المعتبر في ذلك الشين وبالاستيعاب
بمقدارها يحصل شين الشجاج وما اخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة في
القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ويترك الصورة وان شاء اخذ
ارشها وقوله على ما قال في الكتاب يعني القدوري وهو ما نقل عن الصحابة رضي الله روى ان هذا
حدث في زمن عثمان فسأل عنه الصحابة فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء علي فقضى بذلك وعمل عليه
عثمان رضي الله عنهما وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقوله لما تلونا اشارة الى قوله
تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة قال
ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود فان كان السن عظما فالاستثناء
متصل والا فمنقطع وقيل فرق بينهما وبين سائر العظام وهو امكان القصاص فيها بان يبرد بقدر ما
كسر منها او الى اصلها ان قلعها ولا يقلع لتعذر المماثلة فربما يفسد به لثاته كذا في المبسوط وان كان
غير عظم كما اشار اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن فالاستثناء
منقطع وقد اختلف الاطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام
الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكانه وقع عند بعضنا المصنف رحمه الله انه عظم حتى قال والمراد منه
غير السن قال وليس فيما دون النفس شبه عمد وقد ذكر مرة لكنه ذكرها هنا انه عمد او خطأ فيحمل الاول
على ان المراد به ان امكن القصاص وذلك لان شبه العمد اذا حصل فيما دون النفس وامكن القصاص
جعل عمدا لما روي ان الربيع عمة انس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الانصار باللطمة
فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص واللطمة اذا اتت على النفس لا يوجب القود وان لم يمكن القصاص
نبه عليه ايضا والشافعي اخذ بقول ابن ابي ليلى وسلكا في الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الاطراف
بالنفس لانها تابعة للنفوس كما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الاطراف فكونها
تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو اي

التفاوت معلوم قطعا بتقويم الشرع فإن الشرع قوّم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا
ولا تبلغ قيمة يد العبد إلى ذلك فإن بلغت كانت بالحزر والظن فلا يكون مثلا وأما يد الحر تقينا فإن كان
التفاوت معلوما قطعا أمكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله
فإن قيل إن استيفاء الحر والعبد يشتمل بين العبدين لإمكان التساوي في قيمتهما بتقويم
المقومين وأجيب بأن التساوي إنما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بذلك
كالمماثلة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها فإن قيل سلمنا وجود التفاوت في البدل وإنه يمنع
الاستيفاء لكن المعتبر فيه منع استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس فإن الشلاء تقطع بالصحيحة
وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال
لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال فكان الواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلاء ليس
منع قطعها بالصحيحة من جهة الأكمل لأنه من حيث إنه ليس نفعا وتابعا لنا ينبغي أن لا يعتبر فيها مسلك
الأموال ومن حيث إنه يوجب نفعا وتابعا في المنفعة تنتفي به المماثلة ينبغي أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة
الأكمل لئلا يلزم أن يكون باذلا للزيادة في الأطراف ولا يعتبر من جهة الأنقص لأنه إسقاط والإسقاط
جائز دون البذل بالأطراف والباقي ظاهر. قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد كلامه واضح
وقوله لأن حقه متعين في القصاص لأنه لو زال الشلل قبل أن يستوفي الأرش لم يكن له إلا القصاص
وهذا عندنا وعند الشافعي أن الواجب أحد الشيئين إما القصاص وإما الأرش فإذا تعذر أحدهما لفوات
محله تعين الآخر. قوله ومن شج رجلا قد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع أكبر
من يده فلا حاجة إلى الإعادة وقوله وفي العكس يتخير أيضا وهو أن يكون رأس المشجوج أكبر من رأس
الشاج لأنه إن استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان أزيد في الشين من الأول وإن اقتصر على
ما يكون مثل الأول في الشين يكون دون حقه فيتخير بين الاقتصاص وأخذ الأرش والباقي إلى آخره ظاهر

فصل من هذا الباب

لما كان الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة. إذا اصطلح القاتل
وأولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان أو كثيرا زائدا
على مقدار الدية لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية على ما قيل إنها نزلت في الصلح وهو
قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو الموافق للآية فإن عفي إذا استعمل باللام كان
معناه البذل أي فمن أعطي له من جهة أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع أي فليطالب
وهو ولي القتيل مطالبة بدل الصلح على مجاملة وإنما قال على ما قيل لأن أكثر المفسرين على أنها في عفو
بعض الأولياء ويدل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض وتقريره فمن عفي عنه وهو القاتل من أخيه
في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيبا للباقين
وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم
فاتباع بالمعروف أي فليتبع غير العافي بطلب حصته بغير عنف وليؤد القاتل إليه حقه وافيا من

المقصود

وحسن معاملة

والله أعلم الأخذ بالرضا أي المال صح

غير بخس لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا أقادوا وإن
شاءوا أخذوا الدية قال المصنف والمراد بالاختيار الرضا على ما بيناه يعني أنه ليس للولي العدول إلى المال
إلا برضى القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله معتد بكسر الدال وقوله كالخلع وغيره
يعني كالإعتاق على مال وقوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين قال في النهاية هذا اللفظ كما
ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية عندهما جميعا ونقل من المبسوط والأسرار
والإيضاح ما يدل على أن خلاف مالك في الدية خاصة وأن الشافعي يقول ليس لأحد الزوجين حق في القصاص
ولهن حق العفو وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لا حظ للزوجين في القصاص والدية
عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والإيضاح والأسرار وهو مؤاخذة ضعيفة
لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقوله لهما
أن الوراثة خلافة تستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيئا وهو باطل ولكن تحمل
على أن معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا بالسبب لانقطاعه
بالموت والقصاص والدية يجبان بعد الموت وقلنا إنه فاسد بالنقل والعقل أما الأول
فحديث امرأة أشيم الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب وأما الثاني فلأنهما موروثان
كسائر الأموال بالاتفاق فيجب أن يكون في حق الزوجين كذلك لأن وجوبهما وإن كان بعد الموت تثبت
للورثة ولا يقع للميت إلا أنه يستند الوجوب إلى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الأموال في
ثبوتها قبل الموت ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث ماله دخلت ديته فيها ويقضى منه ديونه وكان
علي رضي الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث وكفى به قدوة وإذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن
من الاستيفاء والعفو والباقي واضح وقوله لأن الواجب نصف الدية يعني بالعفو فيكون في
السنة الأولى الثلث وفي الثانية السدس كما إذا قطع يد إنسان خطأ وقلنا الواجب بعض
بدل الدم لا بدل الجزء وكله مؤجل إلى ثلاث سنين فكذا بعضه كالألف المؤجلة إلى ثلاث سنين
فإن كل درهم منها كذلك وقوله والواجب في اليد جواب اعتباره وهو واضح. قال وإذا قتل
جماعة واحدا إذا تعدد القاتل اقتص من جميعهم والقياس يقتضي أن لا تقتل الجماعة بالواحد لكنه
ترك بما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم
وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم والتمالؤ التعاون وأهل صنعاء اليمن قصبتها وروي
عن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد
وكانت الصحابة متوافرين ولم ينكر عليهم أحد فحل محل الإجماع ولأن القتل بطريق التغالب غالب
القتل بغير حق لا يتحقق غالبا إلا بالاجتماع لأن الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب
مزجرة فيوجب القصاص تحقيقا لحكمة الإحياء فإنه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله
ويقتل لعلمه أن لا قصاص فيؤدي إلى سد باب القصاص ولقائل أن يقول ما ذكرتم من المعقول
إن لم يكن قياسا على مجمع عليه لم يعتبر في الشرع وإن كان فلا يربو على القياس المقتضي لعدمه
المؤيد بقوله تعالى أن النفس بالنفس والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المرتبة
على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو إحياء حكمة
الإحياء وقوله أن النفس بالنفس لا ينافيه لأنهم في إزهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد
وإن كانت المسألة بالعكس وحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر في الكتاب وقال الشافعي
يقتل بالأول منهم ويجب المال للباقين يعني إن قتلهم على التعاقب وإن قتلهم جملة واحدة وجهل الأول قتل لهم

مطلب دخول الدية في الوصية بالثلث

يقال فلان قود أي يقتص

لا يكون معتبرا في الشرع

المقتضي

الأزهاق

وقسم الديات بينهم او يقرع وقوله وهو القياس في الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا
انه عرف بالشرع يريد به قضية عمر رضي الله عنه وقلنا ان كل واحد منهم اي من اولياء المقتول قتل
قصاصا بوصف الكمال لانه لا يتجزى اصله الفصل الاول فان الجماعة تقتل بالواحد اتفاقا قال وعلى تقرير هذا
مماثلة ولما جاز ذلك واذا كانت الجماعة مثلا للواحد كان العكس كذلك لان المماثلة بين الشيئين
انما تكون من الجانبين قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من
كل واحد منهم بحيث انه لو انفرد عن الباقين كان بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا يتعين
الاضافة فاما ان يضاف اليها توزيعا او كملا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني وهذا اذا قتلت
جماعة منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حتى لان القصاص شرع مع المنافي وهو قوله صلى
الله عليه وسلم الآدمي بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب لتحقيق الاحياء وتحقيق قد حصل
بقتله اي بقتل القاتل فيكتفى به ولا شيء لهم غير ذلك وقوله ومن وجب عليه القصاص من ظاهر

قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد تعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدده في النفس عندنا
فاذا قطعا يدا فلا قصاص اصلا وقال الشافعي ان وضع احدهما السكين من جانب والاخر من جانب
وامرا حتى التقيا السكينان فالحكم ذلك لان كلا منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل يده
وان اخذا سكينا وامراها على يده حتى انقطعت ايديهما اعتبارا بالانفس اما لكونها تابعة لها
واما لجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كلا منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحدا او مختلفا
لانا نعلم انها انقطعت بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الاخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصا
لانتفاء المماثلة وهذا لان المحل متجز فان قطع بعض وترك بعض متصور يمكن ان يجعل كل واحد قاطعا
كملا بخلاف النفس فان الازهاق لا يتجزى والباقي ظاهر والقصاص ملكه الفعل ثبت مع المنافي
يعني لان من عليه القصاص حر جواب عن قوله لان اليد استحقها الاول بتقرير ان القصاص
ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بحرية عنه واذا لم يكن المحل
مشغولا لم يمتنع عن ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكا وقوله وتردد
حق الاخر يعني اي حق الحاضر ثابت في كل اليد ومزاحمة الاخر له في الاستيفاء موهومة عسى ان يعفو
او لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والاخر غائب يقضى له ذلك
لانه اوفى به حقا مستحقا يعني انه قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضي للاخر بالارش قال
واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه لو اقر بالخطا لا يجوز سواء كان
مأذونا او محجورا اما المحجور فظاهر واما المأذون فانه ليس من التجارة وقوله حتى لا يصح اقرار
المولى عليه بالحدود والقصاص توضيح لبقائه على الحرية وكل ما اقر بسبب يوجب الحد وقوله والفعل
يتعدد بتعدد الاثر فان الرمي اذا اصاب حيوانا ومر فجاوزه سمي جرحا واذا قتله سمي قتلا وان اصاب
الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى المحل عمدا وبالنسبة الى الاخر خطا وفيه نظر لان
ذلك تسمية الفعل الواحد باسامي مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في ان يعد
الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى ان يقال معناه ان الفعل يوصف بوصفين متضادين
بالنسبة الى امرين كالحركة مثلا فانه يجوز ان يوصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة
الى اخرى فكذلك هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى
عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل ان يقول الخطا يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون
الا امر دائر بين الحظر والاباحة ولم يوجد والجواب ان الخطا هو تحقق الجناية في الشان مخالف

الا امر دائر

لظن الجاني كمن رمى الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان او لقصد مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب
انسانا فكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة
وانما قلنا مطلقا ليخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فاصاب عنقه ومات فانه عمد ليس
بمخالف للمقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك
فاصاب رقبة غيره فحزها او رمى الى شخص فاصاب غيره فمات فان ذلك خطا لان قطع يد رجل وقتله
لا يكون قتلا لغيره فكان مخالفا له من كل وجه

فصل آخر من هذا الباب

ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب ومن قطع يد رجل خطأ
ثم قتله عمدا القتل والقطع اذا حصلا في شخص واحد كان على وجوه اما ان يكونا خطأين او
عمدين او يكون القطع خطأ والقتل عمدا او بالعكس فذلك اربعة القسمة العقلية اربعة ثم
ان كل واحد منهما اما ان يكون قبل البرء او بعده فذلك ثمانية اوجه وكل ذلك اما ان يتحقق
من شخص واحد او شخصين فذلك ستة عشر وجها فان كان من شخصين يفعل بكل واحد
منهما موجب فعله من القصاص واخذ الارش مطلقا لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل
لا غير وان كانا من شخص واحد فايجاب موجب الفعلين او اهدار احدهما واجب ما امكن
تتميما للاول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار
كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمما للاول ويجعل الكل واحدا الا ان لا يمكن الجمع
اما باختلاف الفعلين وصفا او موجبا او بتخلل البرء فيكون الفعل الثاني ابتداء ولا بد من
اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلله وقد اختلفا جنسا فكذلك كما في الصورتين الاوليين
وان تجانسا خطأ جمع بالاجماع لامكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفي بدية
واحدة وان تجانسا عمدا فقد اختلفوا فيه قال ابو حنيفة الولي بالخيار بين ان يقطع ثم يقتل
وبين ان يقتل وقالا لا يقتل ولا يقطع وقوله فان شاء الامام قال اقطعوه قال شمس الائمة
السرخسي ليس الخيار للامام عند ابي حنيفة وليس كذلك بل الخيار للولي تعليلهما لا يكون قوله
فان شاء الامام معناه ... الخيار الا الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء
فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد
المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذ ذاك
عن الجزاء واما لان الحز يقطع اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق بخلاف
ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الواجب هو الدية وهي بدل
النفس من غير اعتبار المساواة وقوله ولان ارش اليد دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خطأين
وتقريره ان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك انما
يكون بالحز القاطع للسراية فارش اليد انما يجب بالحز القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع

يشملها

ضمان الكل وضمان البعض في حالة واحدة وهي حالة الجزء وفي ذلك تكرار دية اليد لان ضمان الكل يحصل
والتكرار فيها غير مشروع فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة وهي انما يتحقق بما ذكرنا
وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا يقتل العشرة بواحد وفي
مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه واما الخطأ فبناؤه على التخفيف الا ترى
ان الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ لا يكون مناسبا قال ومن ضرب رجلا
تسعين سوطا في مكان وعشرة في مكان آخر فبرئ من تسعين وسرى من موضع العشرة فمات
منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله وكذا كل جراحة اندملت يعني مثل ان كانت شجة
فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في
حق التعزير على اصل ابي حنيفة وعن ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل الالم وسيأتي
تفسيرها في آخر فصل الشجاج وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب مائة سوط وجرحته
وبقي لها اثر تجب حكومة عدل دون الارش لان حكومة العدل انما تكون لبقاء الاثر وهو موجود
والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم يبرأ وليس بموجود وهذا اشارة الى انه اذا لم يجرح
في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها اثر فكذلك كما هو اصل ابي حنيفة
لانه لم يبق الا مجرد الالم وهو لا يوجب شيئا كما لو ضربه ضربا مؤلما ومثل هذه المسئلة مع ما فيها
من الاختلاف ودليلها يأتي قبيل فصل الجنين قال ومن قطع يد رجل اعلم ان العفو عن القطع والشجة
والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند ابي حنيفة خلافا لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفى
المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقالا لا شيء عليه لان العفو
عن القطع عفو عن موجبه وموجبه اما القطع ان اقتصر او القتل اذا سرى فكان
العفو عفوا عنهما ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما
يحدث منه حتى اذا قال لآخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن
انتهاء فيعتبر بالاذن ابتداء وصار كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول السراية والمقتصر فكذا هاهنا
ولابي حنيفة ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف
لان العفو ما تناوله بصريحه لانه عفى عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين ان
الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفى عنه ليس بحقه فلا يكون معتبرا الا
ترى ان الولي لو قال بعد السراية عفوت عن القطع لم يكن عفوا وكذا اذا عفى
عن اليد ثم سرى واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب
للعمد الا انا تركناه لصورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود فتجب الدية وقوله ولا نسلم
ان الساري نوع من القطع جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه وفيه نظر فانه منع كون
السراية صفة له ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح منع ذلك والجواب ان المراد صفة منوعة
وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقته الى القتل العمد مشكل وقوله بل الساري قتل من الابتداء
اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح به عرفنا
انه كان قتلا وقوله فظهر ان لا موجب له من حيث كونه قطعا لانه لما سرى ومات تبين ان
القطع لم يكن له موجب اصلا انما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع
مضافا الى غير محله فلا يصح عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية وقوله فاما
وهو في موضعين احدهما ان العفو عن القطع وما يحدث فيه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان

فان قيل قصاص اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالجز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان لك

لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه صح

مطلب اذا قال شخص لآخر اقطع يدي

لم يتناوله

لان

اذا سرى صح

واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو وقوله بخلاف العفو عن الجناية ظاهر وقوله في هذه الوجوه وهو العفو عن القطع مطلقا والعفو صح

كونه قطعا

القطع

القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية ايضا وخلافا وهو ايضا في موضعين احدهما
ان العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ او كان عمدا وعند ابي حنيفة تكون عفوا
عن ارش اليد لا غير والثاني ان العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عندهما وعنده عن ارش
الشجة لا غير اذن اي اعلم بذكر اطلاقه اي اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل
يعني المقطوعة يده عن القطع عن تعرض للعمد والاطلاق بان قوله فعلى القاطع الدية في ماله يدل
على انه في العمد لان الدية في الخطأ على العاقلة واجيب بان الوضع مطلق لا محالة والجواب انما
هو لاحد نوعيه وتقديره فعلى القاتل الدية في ماله ان كان القطع عمدا وقوله كما لو اوصى باعارة
ارضه يعني اذا تبرع بمنافع ارضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك
من جميع المال لان المنافع ليست باموال وفيه بحث من اوجه الاول ان القصاص موروث
بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة الثاني ان الوصية باعارة ارضه باطلة وان صحت
فحكمها التأبيد يسكن الموصى له يوما والورثة يومين ان لم تقبل القسمة وان قبلها يفرز الثلث للموصى
له والثالث ان المنافع اموال فكيف صارت نظيرا لما ليس بمال والجواب عن الاول ان المصنف
نفى تعلق حق الورثة لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة
وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت
المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة
يتكففون الناس وتركهم اغنياء انما يتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرف
فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث
خلافة ذي نسب للميت الحقيقي او الحكمي او نكاحه او ولائه حقيقة او حكما في ماله او حق قابل
لها بعد موته وقد فسرناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كما ترى لا ينحصر في المال بل اذا كان
حقا قابلا للخلافة يصح ان يكون موروثا ولا شك في قبولية القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني
بان المراد من قوله اوصى تبرع كما عبر عنه آنفا والوصية تبرع خاص فيجوز ان يستعار لمطلقه
والثالث ان المنافع اموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله فيعتبر من الثلث فيه اشكال
وهو انه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب
ان لا يصح في حصته واجيب بان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفى عنه المال بعد
سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنه الا ترى انه لو وهب له شيئا وسلم جاز قال واذا
قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاما ان تقتصر او تسري فان كان الاول صحت التسمية ونصف
الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا او خطأ وتزوجها على القطع
قطعا وعليه وما يحدث منه لانه لما برئ تبين ان موجبه الارش دون القصاص لانه لا يجري في
الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا وان كان الثاني واليه اشار بقوله ثم مات فلها
فاما ان يكون القطع خطأ او عمدا فان كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني
فلها ذلك والدية في مالها عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج
على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ثم القطع اذا
كان عمدا كان التزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا اجماعا على تقدير
سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهرا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص
لم يسقط هاهنا اما بقبولها التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول كما قبلت سقط واما باعتبار تعذر

والخطأ ومنع صح

لا نم انه مطلق فلا يتقيد بنوعيه الجواب اذ الاطلاق [illegible] محتاج الى التوجيه ١٢

عن صح

فانه لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل
الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسماية دينار وهو معلوم فما المانع ان يكون هو
المهر اجيب بانه ليس متعينا لجواز ان يكون خمسة الاف درهم فيكون مجهولا واذا لم يصح القصاص
ولا بدله يجب مهر المثل وعليها الدية من مالها فان قيل قبولها التزوج يتضمن العفو والعفو
لا يضمن فلا يجب عليها الدية اشار الى الجواب بقوله لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن
فيما نحن فيه يتضمن العفو عن القصاص في الطرف اذا سرى تبين انه قتل والعفو لم يتضمن
لم يتعرض لذلك فيجب الدية في مالها لانه عمد والعاقلة لا تحمل والقياس ان يجب القصاص على
ما بيناه يريد به قوله لانه هو الموجب للعمد اذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية يقع المقاصة
ان تساويا وان لم يتساويا ترجع عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج
على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها
على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة في الخطأ والمهر لها فاختلف ذمة من له
وذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما وقوله ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها ظاهر وقوله ولا
شيء عليها اي لا دية ولا قصاص وقوله يرفع عن العاقلة مهر المثل اي قدر مهر المثل وقوله ولهم اي العاقلة
ثلث ما ترك اي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية تكون وصية وقوله فما تفق جوابهما في الفصلين
يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية وعبر
بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والا فالفصول ثلاثة قال ومن قطعت يده كلامه واضح
فلم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمها الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا شيء عليه عليهما شيء وقوله ومن قتل وليه عمدا صورته
ظاهرة وكذا دليلهما واما دليل ابي حنيفة فيحتاج الى كلام فنقوله انه استوفى غير حقه لان حقه
في القتل وهذا قطع وابانه في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان
على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليد وانما يضمنان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهدا الا
بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القطع القتل لا يرتاب فيه احد وليس محل
المسئلة ذلك فانما هي بناء على انهما اوجبا له قتل النفس وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فضمنا
لايجاب البراءة له بغير علة الضمان عليه فصار كما لو شهد على رجل انه ابرا غريمه عن الدين ثم
رجعا وقوله وانما لا يجب المال في الحال الجواب ثم لما استوفى غير حقه وجب ان يضمن في
الحال وقوله وملكه القصاص في النفس ضرورة جواب عن قولهما انه استوفى حقه يعني انما كان
ملكه القصاص ضرورة التشفي مع المنافي وهو الحرمة كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه
الاحوال الثلاث وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض ولا يصح التصرف في القاتل
بغيرها والقطع مقصودا غيرها فيكون تصرفا فيه في غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان
وقوله فاما قبل ذلك يعني قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة يريد به القطع فلم يظهر يعني ملك القصاص
لعدم الضرورة وقوله بخلاف ما اذا سرى جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله واما اذا لم يعف
وما سرى جواب عن قولهما او ما عفى وما سرى وقوله الصحيح انه على الخلاف يعني فلا يكون مستشهدا
به وكذلك قوله هو الصحيح وقوله والاصابع وان كانت تابعة جواب عن قولهما وصار كما اذا
كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفى وهو اختيار بعض المشايخ فانهم تبرعوا بالفرق
واما صاحب الاسرار فمنعه وقال لا نسلم انه لا يلزم ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفى عن الكف

قوله

قوله ومن له قصاص في الطرف اذا استوفاه واضح وقد اشرنا اليه من قبل وقوله فصار كالامام
اي القاضي اذا قطع يد السارق فمات من ذلك فانه لا شيء عليه وقوله والمأمور بقطع اليد كما اذا
قال اقطع يدي فقطعها فمات فلا شيء على القاطع وقوله في مجرى العادة يعني ان الموت من الجرح
~~على خلاف العادة يعني ان الموت من الجرح~~ ليس على خلاف العادة وقوله لانه مكلف فيما اي في
المسائل بالفعل اما تقلدا كالامام فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه ان يحكم او عقدا كما في غير الامام
من المسائل يعني البزاغ والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة وهو واجبان لا يتقيد
بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه من الاستيفاء لا وجوب ولا التزام اذ العفو
مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق اي الاباحة
فاشبه الاصطياد ولو رمى الى الصيد فاصاب انسانا ضمن كذا هنا وطولب بالفرق بين هذا وبين
المستأجر والمستعير ومعلم ضرب الصبي باذن الاب فمات وقاطع يد الحربي ومرتد اسلم بعد القطع
فانه لا يجب على المستأجر والمستعير للركوب اذا نفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وهنا
يجب اذا سرى واجيب بان في الثلاثة الاول حصل بسبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الاذن
ولو هلك المالك اذا انه لم يجب عليه شيء فكذا اذن بسبب الهلاك والاب اذا قتل ابنه وجبت عليه
الدية فكذلك هنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع قتلا
وليس له ملكه القتل فكان تصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان واما الرابع فلان القطع مع السراية
يكون قتلا من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم لا يوجب الضمان فكذا اذا
صار قتلا في الابتداء لانه مستندا الى ابتداء القطع

باب الشهادة في القتل

بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه في باب
على حدة ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب
فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطأ لا يعيد بالاجماع وكذلك الذي يكون
لابنهما على آخر والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وليس
لابي حنيفة رحمه الله تمسك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا والتدافع والقياس
عدم الجواز اما من جهة المورث فلان العلم بحقه بعد واما من جهة الوارث فلوقوعه
قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان ان السبب قد تحقق فصح كل منهما لذلك واذا ظهر ذلك ظهر
وجه قولهما ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه
ان ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين واستدل لهما على ان طريقه الوراثة بقوله وهذا
لانه عوض عن نفسه قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس فيكون الملك فيه
لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت تقضى به ديونه وتنفذ وصاياه

ولابي حنيفة ان طريقه طريق الخلافة وهو ان يثبت لمن يخلف ابتداءً كالعبد اذا اتهب فانه يثبت
الملك للمولى ابتداءً بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك كما ان الميت ليس باهل القصاص لكونه
ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هي ان يثبت الملك للمورث ابتداءً ثم للوارث وقوله
بخلاف الدين جواب عن قولهما كالدين لانه اي الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة
تعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداءً لا ينتصب احدهم خصما عن
الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره وهذا انسب للقواعد الفقهية فان المحل مما للشبهة
فيه مجال فان اقام القاتل البينة واضح وقوله لانهما يجران تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل
قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قال الامام المحبوبي لانهما زعما ان القود قد سقط وزعمهما
معتبر في حقهما وقوله فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا يتأتى فيه الاقسام العقلية
لانه اما ان يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا او يكذباهما او يصدقهما القاتل دون المشهود
عليه او بالعكس والمذكور في الكتاب اولاهن ان يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم اثلاثا
لما ذكر في الكتاب من التعليل واشار بقوله وحده الى انهما لو صدقاه ضمن القاتل للشاهدين
ثلثي الدية لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شيء للمشهود عليه لانه
بتصديقه الشاهدين فيما شهدا اقر بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عيانا قوله وان كذبهما اي
كذبهما القاتل والمشهود عليه ايضا فلا شيء للشاهد والمشهود عليه ثلث الدية لاقراره له بذلك
وفي بعض النسخ ولكنه ينصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس انه لا يلزمه
شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل
بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية
لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق
الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به القاتل فيجوز
اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر رجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان
جاز وصار الالف لفلان كذا هاهنا قال واذا شهد الشهود انه ضربه بصورة المسألة ظاهرة
وقوله واذا كان عمدا قول المصنف احترز عن الخطأ ثم قال لولا قوله اذا شهدوا انه ضربه بشيء
جارح لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند ابي حنيفة كما تقدم قيل الشهود شهدوا على الضرب
بالسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لا يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه
قصد ضرب غيره فاصابه قال وقولهم هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان
عمدا نعم على عبارة الجامع الصغير وهذا احترز عنه المصنف بقوله واذا اختلف شاهدا القتل
ظاهر وقد تقدم في الشهادات ان اختلاف الشاهدين في الاموال يمنع عن الحكم بها ففي
النفوس اولى وقوله لان المطلق يغاير المقيد فان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا
على العاقلة وقوله فان شهدوا انه قتله واضح وقوله ولانه يجمل اجمالهم في الشهادة فيه صنعة
التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى
الابهام والثاني بمعنى المنع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو
ان يقال الشهود في قولهم لا ندري باي شيء قتله اما صادقون او كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق

والكذب وعلى كلا التقديرين يجب ان لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف
موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فسقة ووجه ذلك انهم جعلوا عالمين
بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسبة الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاخفاء
وجعل كذبهم هذا مغتفرا عند الله لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فنما ولم
كذبهم لهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله واول لو كذبهم ظاهر باطلاقه اي
يجوز الكذب وقوله وهذا في معناه اي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح
ذات البين بجامع ان العفو مندوب اليه هاهنا كما كان ورود الحديث هناك وورده هنا
وقوله فلا يثبت الاختلاف بالشك يعني اذا احتمل ان يكونوا عالمين وجاهلين واحتمل ان لا
يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في
الفعل العمد فلا يلزم العاقلة وقوله واذا اقر الرجلان مسئلتان مبناهما على ان تكذيب المقر
له في البعض يبطل الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل
شهادته اصلا لكونه تفسيقا له وتفسيق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله
في بعض ما اقر به لانه اذا كذبه في كلها اقر به بطل الاقرار لانه رد لاقراره وعلى هذا لو قال
المقر له بدل قوله قتلتماه صدقتما لم يكن له ان يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقتما معنى
قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه انت قتلت وحدك وفي ذلك تكذيب الآخر في الجميع وهو
تكذيب لهما

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات لذواتها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به ومن رمى مسلما
فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لورثته المرتد عند ابي
حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه وذلك ابرأ للضامن لان من
اخرج المتقوم عن التقوم اسقط حقه كالمغصوب منه اذا اعتق المغصوب فانه صار
مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه فصار به مبرئا كما اذا ابرأه عن الجناية او حقه
بعد الجرح اي انعقاد سببه وهو الرمي قبل ان يصيبه السهم ولابي حنيفة ان الضمان يجب
بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب فيعتبر
حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم واستوضح اعتبار وقت الرمي بما اذا رمى صيدا ثم
ارتد والعياذ بالله ثم اصاب فان ردته بعد الرمي لا تحرم لان فعله ذكاة شرعا وقد تم موجبا
للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة فانه
صحيح وهذه العبارة احسن مما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لامكان اعتبار
وقت الاصابة هناك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته فالفعل لو اوجب القصاص
اجاب بقوله والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة يعني الشبهة الناشئة من
اعتبار حالة الاصابة ووجبت الدية اي في ماله ولو كانت المسألة بالعكس فلا شيء عليه في

قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم ثم وقع به السهم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك وتنقض بما اذا رمى الى صيد الحرم لا يختص بالفعل فلهذا يجب بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون اقل من ذلك وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وقال محمد رحمه الله فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم وبعده ثمانمائة لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك اي فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي ولهما انه يصير قاتلا الى آخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب ابي حنيفة رحمه الله وابو يوسف يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله حيث اعتبر هنا حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو ان المرمي اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي للاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد وقوله بخلاف القطع والجرح جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع اشتباها دالا على قطع السراية وتحقيقه ان القطع فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فانه بذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه في المتنازع فيه لان الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لعدم اثر منه في المحل وانما نقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء فتجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة يعني يقول بالدية حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه والباقي ظاهر الى آخره والله اعلم

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لان الدية احدى موجبي الجناية المشروع عن المسالك لكن القصاص صيانة فقدم ومحاسنها محاسن القصاص والدية مصدر من ودي القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة من وعد قال وفي شبه العمد دية مغلظة شبه العمد قد تقدم معناه وحكمه الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين يعني الآية وهو نص في كونها بالتحرير والصوم فقط فلا تجري فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب استدلال من الآية بوجهين آخرين احدهما بالنظر الى الفاء وذلك لان الواقع بعد الفاء يجب ان يكون كل الجزاء فان لم يكن كذلك لا يلتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او بقي منه شيء ومثله محل الاثر في انه قال الا مر به

ان دخلت الدار فانت طالق وفي نسخة انه يقول وعبد حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يحتمل الغير والآخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مرادا لذكر لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان على ما عرف في اصول الفقه وتجزيه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه من قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية اي ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي رحمهما الله ثلاثون جذعة وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها والخلفات جمع خلفة وهي الحامل من النوق فقوله في بطونها اولادها صفة كاشفة والضمير في كلها للثنية واستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ يعني من دية الخطأ المحض فان الابل فيه تجب اخماسا وذلك اي كونه اغلظ فيما قلنا لانا نقول اثلاثا وانتم تقولون ارباعا ولابي حنيفة وابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل ووجه الاستدلال به ان الثابت منه صلى الله عليه وسلم هذا وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع وما رويناه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمر وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالا وقال علي رضي الله عنه تجب اثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود رضي الله عنه بمثل ما قلنا ارباعا والرأي لا مدخل له في المقادير فكان كالمرفوع ونص تعارضنا لما رويناه واذا تعارضنا كان الاخذ بالمتيقن اولى وقوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم والف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح تغلظ في النوعين الآخرين اي الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان الابل في دية الخطأ والى قيمة اسنان الابل في شبه العمد فما زاد على اسنان دية الخطأ يزاد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل من اهل الورق ويزاد على الف دينار ان كان من اهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل لزيادة جناية وجدت فيه ولم توجد في الخطأ وهذا المعنى موجود في الحجرين فيضعف التغليظ لانه عمد الاتلاف وخطأه في باب الغرم سواء ولنا لولا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان التوقيف فيه وقوله لما بينا من قبل في اول كتاب الجنايات قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا فقيل منصوب باضمار كان ويجوز ان يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطأ وقد اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا سماعا لكن ما قلنا احق فكان اولى بحال الخطأ لان الخاطئ معذور وقوله غير ان عند الشافعي استثناء من قوله وبه اخذنا والشافعي يعني انه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه انه اليق بحال الخطأ وقوله ومن العين يعني الذهب الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الف درهم لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ان عمر رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم فتعارضا فيحتاج الى تأويل وذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي رحمه الله فقال

الدراهم صح

من دراهم كان وزنها ستة وقد كانت كذلك الى عهد عمر فلما عمر ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال الهروي عمران النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعشرة الاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني الى عهد عمر وذلك يناقض والثاني انه وزن ستة يرد عليه انها عشر الغاية فلا يكون التدول بذلك صحيحا والجواب عن الاول ان المنقول كان في ابتدا عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة ايضا ولا تناقض حينئذ وعن الثاني شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الا انها اضيف الوزن الى ستة تقريبا قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا منها ومن هذه الانواع الثلاثة يعني الابل والذهب والفضة ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل ازار ورداء هو المختار قال في النهاية وقيل في ديارنا قميص وسراويل قال وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على اكثر من مائتي بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائة من الابل وقوله لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها قال ابو يوسف حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب الديات على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلة مائتي حلة ولابي حنيفة رحمه الله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء ليست كذلك فلهذا لا يتقدر بها ضمان شيء مما وجب ضمانه باتلاف او غيره فان قيل فليجعل دلالة الاجماع في معناها من كل وجه وقوله وذكر في المعاقل اي في معاقل المبسوط اورد هذا شبهة على ما روي عن ابي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة ووجه ورودها ان محمدا ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي من الدية على اكثر من الفي شاة او على اكثر من مائتي بقرة او على اكثر من الفي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على ان الاصناف الثلاثة ايضا من الاصول المقدرة عنده ايضا وذكر الجواب على وجهين احدهما بتعرض الشبهة ويرفع الخلاف ولا اكثر صحته لانه نص في كتاب الديات كما مر آنفا والثاني برفعها قال ودية المراة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالمرفوع اذ لا مدخل للراي فيه وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب ان يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك فالرجل والمراة سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل ولهذا قال بعضهم في قول المصنف اعتبارا لو قيل بالثلث وما فوقه الصواب ان يقال اعتبارا لما دونها فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي رضي الله عنه انه قال دية المراة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك ناخذ قال وقال زيد بن ثابت ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف وبه اخذ الشافعي رحمه الله وهذا يصحح قول المصنف واحتجوا في ذلك بان النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المراة الرجل الى ثلث الدية وبما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امراة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثة اصابع

قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع اربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال اعراقي انت قلت لا بل جاهل مستثبت او عاقل متثبت فقال انه السنة وبه اخذ الشافعي وقال السنة اذا اطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والحجة عليه ما رويناه بعمومه وان حالها انقص من حال الرجل قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة فتنقص الا انه لا يمكن ان يتزوج باكثر من زوج واحد وكذا ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا لها بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة النص للاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يخالفه عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقال سعيد انه السنة يريد به سنة زيد رضي الله عنه فان كبار الصحابة افتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول صلى الله عليه وسلم لما خالفوها قال ودية المسلم والذمي سواء ودية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح وقد استدل الشافعي بقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة وبقوله تعالى افمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافا دماؤهم يدل على ان دما غيرهم لا يتكافؤ ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة وبالانوثة تنتقص الدية فبالكفر اولى وبان الرق اثر من آثار الكفر وبه تنتقص الدية فبالكفر الموجب له اولى والجواب عن الآيتين ان المراد احكام الآخرة على انهما لا يعارضان قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله والمعهود من الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بانه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بان النقصان بالانوثة والرق من حيث النقصان في المالكية فان المراة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصانا في المالكية والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب احد ان نفس كل شخص اعز عليه من المال والذمي يساوي المسلم في ضمان ماله اذا اتلف ففي النفس اولى وان لم يكن لنا في المسالة الا ما روى الزهري ان دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روي عن علي رضي الله عنه بشهرته انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وما روي عن ابن مسعود دية الذمي مثل دية المسلم وما روي عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم ودى ذميا دية مائة من الابل لكان لنا من الظهور في المسالة ما لا يخفى على احد

فصل فيما دون النفس

اعقب ذكر النفس ما هو تبع لها وما دونها قلت وفي النفس الدية وقد ذكرناه اعادة ذكر النفس الدية تجب الدية باتلافها كما يقال في النكاح ومنه قوله صلى الله عليه وسلم في النفس خمس من الابل السائمة بشاة وقوله وفي المارن الدية يعني فيما دونه قصبة الانف وهو ما لان منه كما لا تاتي له في البدن عضو كان او معنى معصوما تجب باتلافه كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالانف

واللسان والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين
وثديي المرأة والانثيين والرجلين ومنها ما هو اربع كاشفار العينين ومنها ما هو عشر كاصابع
اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالاسنان والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة
على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي على الكمال يجب كل الدية وقيد المنفعة والجمال بالكمال
لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس
او آلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص
في العمد ولا الدية في الخطا لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما فيه حكومة
عدل واما اذا اتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية لاتلافه كل النفس من وجه وهو ملحق
بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في
اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فان كان جنس المنفعة او الجمال قائما بعضو واحد
فعندنا اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائما بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية وان كان
قائما باربعة اعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قائما بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية
وان كان قائما باكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله قيل تقسم الدية
على عدد الحروف يعني على جملة الحروف ما تعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف متعلق
باللسان قال في النهاية وهي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاء والسين والشين
والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق
على عرف فما لا يمكنه اتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روي ان رجلا قطع لسان رجل في
زمن علي رضي الله عنه فامره ان يقرا ا ب ت ث فكلما قرا حرفا اسقط من الدية بقدره وما لم يقرا
اوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل وبه صححه شيخ الاسلام وبان اقامة بعض حروف
هو مما لا يفتقر الى اللسان ان تهيات بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا يتهيا فيجب
الامتحان بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه او بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب الحواس
فقيل اذا صدقه الجاني واستحلف على البتات ونكل ثبت قوله وقيل يعتبر فيه الدلالة الموصلة الى
ذلك فان لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار فطريق معرفة السمع ان يتغافل وينادي
فان اجاب علم انه يسمع وحكي انا [illegible] عن ابي خازم القاضي ان امرأة تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل
بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجاة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر تمكرها
وطريق معرفة ذهاب البصر ان يستقبل الشمس مفتوحة العينين فان دمعت عينه علم ان الضوء باق
وان لم تدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم انه لم يذهب
بصره وطريق معرفة الشم ان يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة فان تنفر منها علم انه لم يذهب شمه
وقوله لان كل واحد منها منفعة مقصودة يعني ليس فيه استتباع كل واحد منها الاخر بخلاف قتل
النفس لا يوجب الا دية واحدة بفوات هذه المنافع بدون الموت فانها في الموت استتباعا دون موته
وعلى ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه كما ذكر في الكتاب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه يفوت به
منفعة الجمال قالوا لو حلق راس انسان ولحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يوجل سنة لتصور
النبات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الحالق وقالا فيه حكومة وشعر الرجل
والمراة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله وفي الاذنين الشاخصتين اي المرتفعتين وضعهما لدفع
ارادة السمع وقوله انه يجب فيه كمال القيمة وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة اعتبارا بالدية في

الحر لفوات الجمال والتخريج على الظاهر وهو انه يجب نقصان القيمة وقوله هو الاصح احترازا عما
قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لانه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله ويستوي الخطا والعمد
يعني كما يجب الدية في حلق الراس واللحية فكذا اذا حلقهما عمدا قيل وصورة حلقهما خطا ان يظنه
مباح الدم فحلق الولي لحيته ثم ظهر انه غير مباح الدم قيل يوجب القصاص اذا كان عمدا فما المانع
عنه عن الامكان واجيب بان القصاص عقوبة والعقوبة لا يثبت الا بالنص او دلالته ولا نص
في الشعور وليست في معنى المنصوص عليه وهو الجروح لانه لا يحتاج في تفويتها الى الجراحة
والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم في الجراحات وليس فيه اماتة ذي الروح فلا يجوز الحاقها
بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا وفي العينين الدية للاصل الذي ذكرناه في صدر هذا الفصل
يشتمل هذه الفروع كلها والاشفار جمع شفر بالضم قال المصنف رحمه الله ان مراده الاهداب
مجازا ولعله قال ذلك دفعا لتخطئة من خطا محمدا في اطلاق الاشفار على الاهداب قال الاشفار منابت
الشعر وهي حروف العينين والمرافقهما والشعور التي عليها تسمى الهدب فقال المصنف يحتمل ان مراده
الحقيقة فان فيه تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال كما ذكر في الكتاب
وقوله نظير انقسام دية اليد على اصابع يعني ان عشر الدية الواجب بازاء كل اصبع انما هو بمقابلة
مفاصلها فما فيه ثلث مفاصل كان لكل منها ثلثه وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه وقوله
والاسنان والاضراس كلها سواء لان السن اسم الجنس يدخل تحته اثنان وثلاثون اربع منها ثنايا
وهي الاسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان اسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها
انياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنا عشر سنا تسمى بالطواحين من كل جانب ثلاث
فوق وثلاث اسفل وبعدها سن وهي اخر الاسنان يسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال
العقل فلا يتجه ان يقال والاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى الاسنان وبعضه سواء فاذا ضرب
رجل رجلا حتى سقطت اسنانه كلها كانت عليه الدية وثلاثة اخماس الدية وهي من الدراهم ستة
عشر الف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوى الاسنان ومن
الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص وقوله لان
المتعلق يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة فان
قيل لا نسلم ان فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال ايضا مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين
واللحية وليس احدهما اولى باستتباعه الاخر فيكون الحصر في غير موقعه اجيب بان الجمال المقصود
في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة واما اذا كان فالجمال تابع الا ترى انه اذا قطع اليد الشلاء
تجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد لما كانت المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت
الجمال فاذا اجتمعا جعل الجمال تابعا ايضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع
لوجود المستتبع اولى وقوله لتفويت جنس المنفعة بالشلل وقوله لانه فوت جمالا على الكمال واستقامة
القامة قيل في تفسير قوله تعالى لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم اي منتصب القامة وهي تزول بالجناية

فصل في الشجاج

لما كان التشجاج نوعا من انواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله ذكره في فصل على حدة صح

قال الشجاج عشرة ووجه ذلك ان قطع الجلد لابد منه للشجة وبعد القطع اما ان يظهر الدم او لا والثاني هو الحارصة والاول اما ان يسيل الدم بعد الاظهار او لا والثاني هو الدامعة والاول اما ان يقطع بعض اللحم او لا والثاني هو الدامية والاول اما ان يكون قطع اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم او لا والثاني هو الباضعة والاول اما ان يقتصر على الاظهار او يتعدى والاول هو المتلاحمة والثاني هو السمحاق والثاني اما ان يقتصر على اظهار العظم او لا والاول هو الموضحة والثاني اما ان يقتصر على كسر العظم او لا والاول هو الهاشمة والثاني اما ان يقتصر على نقل العظم وتحويله من موضعه او لا والثاني اما ان يصل الى الجلدة التي بين العظم والدماغ او لا والاول هو المنقلة والثاني هو الآمة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالغين المعجمة وهي تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على ما يجيء في الكتاب وليس الكلام فيه فعدها بالاستقراء فحسب الا ان الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحد منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح قوله ولان فيما فوق الموضحة يريد بما فوق الشجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والآمة وقوله فيما قبل الموضحة يريد الستة المتقدمة عليها من الحارصة الى السمحاق والمسبار ما يسبر به الجرح اي يقدر به قعره ويعرف غورها بالميل وقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة وجوب حكومة عدل فيها انما هو على رواية غير الاصل واما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما قبل الموضحة وقوله في الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا فما فوق ذلك فليس بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى يعني يرجع الى ماخذ الاشتقاق فمحمد رحمه الله ذهب الى ان المتلاحمة مشتقة من التحام الشيئين اذا اتصل احدهما بالاخر فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطع والباضعة بعدها لانها تقطعه وقوله واما اللحيان يريد به العظم الذي تحت الاسنان وقوله وقد تحقق فيه معنى المواجهة قيل عليه ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجيب بانا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فيعتبر الحقيقة وقوله ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين مثاله ان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ الفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فاوجبت عشر الدية لان قيمة الحر ديته قال قاضيخان والكرخي على هذا وقوله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فان كان مقدار ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلاثة ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث علي رضي الله عنه فانه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد

فصل آخر من هذا الكتاب

لما كانت الاطراف دون الرأس ولها احكام على حدة ذكرها في فصل على حدة في اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم في كل اصبع عشر من الابل وقوله على ما مر اشارة الى ان الاصل في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الى آخره وقوله ولا تبع للتبع يعني واذا لم يكن تبعا للاصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة اذ لا وجه لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فتجب فيه حكومة عدل واجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في آية السرقة وقوله وان قطع الكف من المفصل واضح وقوله ~~والترجيح من مفصل~~ واضح وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب يعني ان الترجيح من حيث الحقيقة فلان البطش بالاصابع واما من حيث الحكم فلان الاصبع لها ارش مقدر والكف ليس كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأي وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا اولى فان المصير الى الرأي ضروري ولا ضرورة عند امكان ايجاب الارش المقدر ولما كان الاعتبار عند ابي حنيفة رحمه الله لتقدير الشرع نصا لم يفرق بين ان يكون الباقي من الاصابع واحدا او اكثر لان للاصبع الواحدة ارشا مقدرا فيجعل الكف تبعا للاصابع الواحدة وكذا المفصل منها وقوله في الاصبع الزائدة حكومة عدل يعني سواء قطع عمدا او خطأ وسواء كان للقاطع اصبع زائدة او لا اما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع اخرى فلا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان وليس له ابهام ولان المماثلة في القيمة شرط جريان القصاص ولا يتحقق لما قلنا ان الواجب في قطع الزائدة حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا تتعين مماثلة وقوله لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة فيكمل عليه بانه منقوص بما اذا كان في ذقن رجل شعرات معدودة وازالها رجل ولم ينبت مثلها فانه لا تجب فيه حكومة عدل لعدم الشين مع كون الشعر جزءا من الآدمي بدليل انه لا يحل الانتفاع به واجيب بان ازالة جزء الآدمي انما يوجب حكومة عدل اذا بقي منه اثر ما يشينه كما في قطع الاصبع الزائدة فان ازالة الشعرات تزيينه لا تشيينه فلا توجبه كما لو قص ظفره بغير اذنه وقوله وكذلك السن الشاغية اي الزائدة لما قلنا يريد به قوله لانه جزء من يده فان السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي تخالف نبتتها نبتة غيرها من الاسنان يقال رجل اشغى وامرأة شغواء والجمع شغو وان كانت زائدة فهي نقصان معنى وقوله والظاهر لا يصلح حجة للالزام انما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى انه لو اعتق صغيرا لا يعلم صحة هذه الاعضاء منه يخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة وقد تقدم من قبل في قوله ومن شج رضيعا قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر رأسه في هذا بيان ان الجزء قد يدخل في الكل كما في قوله فصار كما اذا اوضحه فمات يعني من حيث ان اذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم ومن حيث العقل موضع يسار النفس فصار كالروح للجسد وقوله وارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما وقوله وقد تعلقا يعني ارش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقوله وجوابه ما ذكرناه قبل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو اشمل من الاول وقوله قالوا يعني المشايخ هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف قال في النهاية ذكر ابي يوسف مع ابي حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي ان يذكر محمد مكان ابي يوسف كما في الايضاح

اولا يبن كونه اصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني وهذا الذي
ذكره اذا كان خطأ واما اذا كان عمدا يجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر وقوله ووجه الاول
هو ان ارش الموضحة لا تدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله على ما
بينا يعني قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله ووجه الثاني يعني قوله
وعن ابي يوسف ان السمع والكلام مبطن فيكون يريد به الكلام النفسي بحيث لا يترسم فيه
المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل
عسيرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر وقوله وقال
يعني المشايخ اي قال المشايخ ينبغي ان تجب الدية فيهما اي في العينين وقوله لهما في الخلافية
اي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه قال لا قصاص في الموضحة والقصاص في العينين
الدية وله اي لابي حنيفة ان الجراحة الاولى سارية والجراحة التي تعمل قصاصا قد لا تكون
سارية اذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلا للاولى ولا قصاص بدون المماثلة ولان
الفعل واحد وهو الحركة القائمة اي الثابتة بتحالة السيف وكذا المحل متحد الجنايتين واحد من
وجه لاتصال احدهما بالاخر وهو ايه الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فتورث الشبهة في
البداية نظرا الى اتحادهما وقوله بخلاف النفس جواب عن قولهما كمن رمى رجلا عمدا فاصابه
وتعدى الى غيره فقتله ووجه ذلك انا جعلنا الفعل واحدا من حيث ان الثاني حصل من
سراية الاول وههنا ليس كذلك فان السراية انما تكون بتعاقب الالام وهو انما يتحقق في
شخص واحد وقوله بخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع جواب عما يقال اذا قطع اصبع رجل
عمدا فاضطرب السكين ووقع على اصبع اخرى فقطعها يقتص للاولى دون الثانية فيما
اشتملنا لم يكن كذلك ووجهه ان القطع الثاني اعمالي يورث الشبهة في القصاص لانه فعل
مقصود واما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود وقوله لانه ليس فعلا مقصودا
الضمير فيه عائد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية ان في قوله
لانه فعلا مقصودا نظرا وان الصواب ما ذكره في الذخيرة انه مقصود ولكنه ليس من اثر
فانه رجع الضمير الى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكره من
الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثاني الى الثاني وقوله وقال زفر في تركيب عن جانب
ولو قال العقلاء لا يتم وكلام زفر كان صوابا والوجه من الجانبين قد ذكرناه انفا بزيادة قوله ومن شج
رجلا موضحة فذهبت عيناه الى اخره وقوله انه يجب القصاص فيهما اي في الشجة وذهاب البصر
فرق محمد رحمه الله على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب سمعه واوجب
القصاص فيهما في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على راسه
حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه اذا كان بفعل
مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة وقوله في الخلافية الاخيرة يعني قوله واذا
قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى وقوله الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها حتى وجب
ارشها مع دية العينين عند ابي حنيفة والقصاص في الموضحة والارش في العينين عندهما
وقوله فكذا ههنا اي فيما نحن فيه [illegible] على الروايتين هاتين اي الرواية المشهورة ورواية
ابن سماعة عن محمد يعني لا قصاص على المشهور وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة وعن ابي
يوسف انه اذا قلع سن بالغ فنبتت مكانها اخرى يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل يقوم وليس

عند ابي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر

وقوله يعني ان القطع لما كان خطأ وجب به المال ولم يعد وجوب المال شبهة لعدم وجوب القصاص

به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة وقوله فنبتت بقي الاول يعني
بغير اعوجاج وان نبت معوجا يجب حكومة عدل وقوله ولهذا يستانى حولا اي يؤجل سنة بالاجماع
وقال في النهاية تصحيح من موضع السن الى الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل
وليس بظاهر وانما الظاهر ما قاله المصنف لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق
ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في انباته ولكن قوله بالاجماع فيه
نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في قلع السن في البالغ والصغير جميعا
لقوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات كلها يستانى حولا وهو كما ترى يأبى الاجماع وقوله فان اختلفا قبل
السنة اي قال المضروب انما سقط سني بضربك وقال الضارب بسبب اخر وقوله ليكون التاجيل
مفيدا يعني ان التاجيل انما يكون لتظهر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله كان التاجيل وعدمه
سواء وقوله وان اختلفا في ذلك اي في سقوط السن بعد السنة وقوله سنبين الوجهين اي
وجه قوله لا شيء على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله تجب الارش كاملا وقوله لما ذكرنا
يعني قوله لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه ولم يفصل ما بين ما اذا كانت السن من الاضراس
التي لا ترى او من الاسنان التي ترى وقالوا ان يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس
فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ لا الاسوداد دون الجمال لانه ليس بظاهر
ففيه حكومة عدل وان كانت مما ترى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض
المشايخ يجب كمال الارش وعند اخرين حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال
على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الاسنان في بعض الناس وانما تمكن فيه نوع نقص فيجب الحكومة
بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها لا تكون لون الاسنان بحال فوتنا الجمال على الكمال اذا كانت بادية
قال ومن شج رجلا فالتحم واضح وتعليل ابي حنيفة وابي يوسف هو الموعود قبل هذا بقوله
وسنبين الوجهين بعد هذا وقوله لان ابا حنيفة يقول ان المنافع الى اخره جواب عن قول ابي
يوسف فالالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انما لزمه اجرة الطبيب ووجهه انه يجعل الالم من المنافع
ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة
او شبهته كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيئا
وقوله ومن ضرب رجلا يعني اذا ضرب رجلا فجرحه فبرأ منها وبقي اثر الضرب فعليه ارشه وان لم
يجرحه فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يبق اجرة الطبيب عند محمد رحمه الله وقوله لان الجناية من
جنس واحد لكون كل واحد منهما خطا وقد تقدم اقسام هذه المسئلة وقوله ومن جرح رجلا جراحة
واضح وقوله لانه مال وجب بالقتل ابتداء يعني لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح وقوله واذا قتل
الاب ابنه عمدا كان بحكمه فتخلو من الضابطة الكلية لكنه ذكر لبيان خلاف الشافعي وقوله حتى الى
زيادة يعني المعجل فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية وهو معروف فايجاب المال
حالا بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع وما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز
وصفا لانه تابع للقدر وقوله لما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا يعقل العاقلة عمدا ولا
اعترافا وقوله عمد الصبي عمد كل واحد منهم فيه وهذا تجب الكفارة به اي بالمال وانما قيد
به لانهم اجمعوا على ان التكفير بالصوم لا يجب عليهما وقوله ويحرم عن الميراث على اصله اي ثبت
هذان الحكمان وهما وجوب وحرمان الارث على اصل الشافعي لانهما متعلقان بالقتل فكل هذا انهما
مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا مما تخلف عنهما احد حكمي القتل وهو القصاص من تجب عليه

الشجة اثره فهو على الاختلاف قد مضى في الملتحمة وهو سقوط الارش عند ابي حنيفة ووجوب ارش الالم عند ابي يوسف ووجوب حكومة

الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله اذ الاصل ذلك والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المآب

فصل في الجنين

عقب احكام الاجزاء الحقيقية احكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام وان ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية اما الجنين كالفرس والبغل النجيب وسمي بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء اوله وغرة الجنين اول مقدار ظهر في باب الدية قال المصنف رحمه الله معناه اي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم لان نصف العشر من عشرة الاف هو العشر من خمسة الاف والقياس وهو قول زفر ان لا يجب شيء لانه لم يعلم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل الظاهر انه حي او معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان تمكن وجه الاستحسان ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وروى الامام المحبوبي ان زفر سئل عن هذه المسألة فقال فيه غرة عبد او امة فقال السائل لم والحال لا يخلو من انه مات بضربه او لم ينفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت زفر فقال له السائل اعتقتك سائبة فجاء زفر الى ابي يوسف فسأله عنه فاجابه ابو يوسف بمثل ما اجاب زفر فقال زفر بمثل ما حاجه السائل فقال التعبد التعبد اي ثابت بالسنة من غير ان يدرك بالعقل وهذا دليل على ان قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة ترك وجه القياس كما ذكرنا آنفا ويحتمل ان يكون رجع من احدهما الى الآخر والحديث المروي دليل واضح على ان الدية مقدرة بعشرة الاف درهم قيل وانما ذكر الشارع القيمة اشارة الى ان الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا من حيث اعتبار صفة المالية قوله اذا كان خمسمائة قيل قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذا كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة وقوله في ماله اي في مال الضارب لانه بدل الجزء اي جزء الآدمي فصار كقطع اصبع من اصابعه وقوله دوه اي ادوا ديته امر مخاطب من الدية وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احديهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط او مسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل دمه يطل فقال صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني واراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة وقوله لانه العواقل جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية على العاقلة قليلة كانت او كثيرة وانتم قيدتم بقولكم اذا كان خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه

من

من النظر وقوله لان بدل العضو ان كان ثلث الدية او اقل واكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد ان يكون الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان اكثر صفة لاقل او بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك ايضا وفي بعض الشروح ان تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك وقوله بخلاف جزء الدية لان كل جزء منها على من وجبت في ثلاث سنين صورته ان تكثر رجالا في قتل رجل خطأ فانه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين على ما يجيء في المعاقل ان شاء الله وقوله ويستوي فيه اي في وجوب قدر الغرة بانه عبد او امة قيمته خمسمائة درهم وقوله ولان في الجنين دليل معقول على التساوي بين الذكر والانثى واراد بالجنين تثنية الجنس الولدين المنفصلين الذكر والانثى في ~~الولدين المنفصلين~~ الذكر والانثى في الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الآدمية في المالكية فان الذكر مالك مالا والانثى مالكة مالا وكذا نكاحا فكان بينهما تفاوت معاني ~~الآدمية فيما المالكية~~ فيما هو من خصائص الآدمية وهو معدوم في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة وقوله وان القته حيا ثم مات اول الاقسام الاربعة العقلية الحاصلة من موت احدهما بعد الضرب وهي ان خروج الجنين من الام اما ان يكون في حال حياتهما او في حال مماتهما او في حال حياة الام ومماتها الجنين او على العكس والاقسام مع احكامها مذكورة في الكتاب وقوله فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال ان لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكر في هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق به دلالة قياسا ودلالة فبقي على اصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه واضح وقوله في جنين الامة اذا كان ذكرا ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وطريق ذلك ان يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك ان كان ذكرا وعشره ان كان انثى وانما قيدنا بكون الحمل ~~جنينا~~ من غير المولى والمغرور لانه لو كان منهما لزمت الغرة لكونه حرا فان ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لانكاره الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكورته وانوثته يؤخذ بالمتيقن وقوله لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان يعني في الاصل الا ترى انه اذا قلع السن فنبت مكانه اخرى لم يجب شيء وههنا بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل على ان وجوبه باعتبار انه في النفسية لا الجزئية فيقدر بها اي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام وقوله وقال ابو يوسف هذا ظاهر الرواية عن ابي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد الظاهر من قول ابي يوسف رحمه الله وعنه في رواية انه لا يجب الا نقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة وقوله فنظرنا الى حالتي السبب والتلف يعني اوجبنا القيمة اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حياته اعتبارا لحالة التلف لا يقال هذا اعتبار لحالة الضرب فقط اذ الواجب في تلك الحالة ايضا قيمته حيا لحيوان لا يكون حيا فلا يجب قيمته

غرة صح

ويروى او خمسمائة صح

قوله مات بضربه يجب دية كاملة وان لم ينفخ فيه الروح صح

ودي القتيل اي ادى ديته واتديت اي اخذت ديته واذا امرت منه قلت دِه مثل بيت من الشعر

عشرون صح

لاطلاق ما روينا وهو قوله عم في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم صح

ونكاحا صح

وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن صح

يعني في جنين الامة صح

لانه صح

حتى هاهنا كان بل يجب العزة وقوله ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب الف درهم وقيمته مضروبا ثمانمائة يجب على الضارب مائتا درهم وقوله على ما نذكر بيانه بعد هذا يعني في جناية المملوك والجناية عليه في مسئلة ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك وقوله وقد عرفت في النفوس المطلقة الكاملة بالكفر فلا يتعداها الى غير المطلقة وهو الجنين لان القياس لا يجري في العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة الا ترى انه لم يجب كل الدية والباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح والله اعلم

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكامه تسبيبا والاول اولى بالتقديم لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا الكنيف المستراح والميزاب والجرصن قيل هو البرج وقال فخر الاسلام جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه والعرض بالضم الناحية قيل المراد به هاهنا ابعد الناس منه اي اضعفهم وارذلهم وجملة الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة اشياء في اباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمبدوء به في الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع وفيه خلاف بين العلماء قال ابو حنيفة رحمه الله لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على رأي الامام فيما اليه تدبيره فلكل احد ان ينكر عليه وبه قال ابو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له الامام واما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لاحد ذلك اما على قول محمد فظاهر لانه جعله كالمأذون من الامام فلا يرفعه احد واما ابو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد يد فيه فالذي يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت واما وجه قول ابي حنيفة فهو المذكور في الكتاب وقوله ويسع الذي عمله بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام اي لا ابتداء ولا جزاء يعني متعديا عن مقدار حقه في الاقتصاص لان الضرار بمعنى المضارة وهو ان يضر من ضرك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا واما اذا كان غير نافذ فقوله وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به السكة هاهنا وقوله لانها مملوكة لهم يعني في الغالب قال فخر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة الملك فقد ينفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله على كل حال اي سواء كانوا متأذين او لم يكونوا وقوله واذا اشرع في الطريق روشنا

وهو

وهو الممر على العلو بيانا لوجوب الضمان وقوله مما ذكرنا في اول الباب يعني الكنيف والميزاب والجرصن وقوله فالضمان على الذي احدثه فيهما يعني ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة وقوله وان سقط الميزاب هذه المسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان اصابه الطرف الداخل او الخارج او اصابه جميعا وعلم ذلك او لم يعلم اي الطرفين اصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله لانه ليس بقاتل حقيقة يعني ان الكفارة وحرمان الميراث انما يجبان بالقتل حقيقة ولا يساويه الملقى عن سطح الرمي قيل ان كان قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن قتلا عدمه فيها والجواب ان الضمان يعتمد الاتلاف بطريق التعدي صيانة للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق ما لم يشغله ذلك واما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا او خطأ ولم يوجد شيء منهما وقوله اعتبارا للاحوال يعني بعد تعين انه قتل الخارج ولا يعلم انه باي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين وقوله ولو اشرع جناحا ظاهر وقتل المشتري ايضا متعذر بعد الرفع مع امكانه شرعا واجب بانه تسبيب القتل المباشرة او التسبيب ولم يوجد منه ذلك فيما يمكن رفع حجر في الطريق ثم تحول حتى عطب به انسان فانه لا ضمان عليه لانه ليس بمباشر ولا متسبب وتستشكل ايضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم اصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان الجناح بتركه النقض بعد التقدم اليه والجواب ان صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار تمكنه من ازالة بالبيع وصيرورته مخرج الجناح بشغله طريق المسلمين تعديا بالبيع وقوله ولو حركه اي الجناح بتنحيته نحو الجانب الريح ان هبت بشررها فاحرقت شيئا وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الجمر وهو باق مكانها والية ذهب بعض اصحابنا قوله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه هو اختيار شمس الائمة الحلواني وقوله وقد افضى اليها اي الى عاقبته وهي الحرق بواسطة الريح وقوله ولو استاجر رب الدار الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه انه قال المخرج للفعلة اخرجوا جناحا على فناء داري فان لحق ذلك ولم يعلم الفعلة غيرها قال لا فعلوا فسقط واصاب شيئا قبل الفراغ من العمل وبعد ذلك فالضمان عليهم ويرجعون به على الامر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لانه امرهم على عمله مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر لو استاجر ليذبح شاة جاز له فذبح ضمنوا الذابح الجابر يرجع به على الامر لان هذا الامر صحيح من حيث انه فناءه مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك حيث لا يجوز له بيعه من حيث الصحة يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل اولى من اعتبارها قبل الفراغ لان امر الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفنائه ولو نظرنا الى ما كان امره معتبرا وقع تعليم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه تقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا امر به وقوله لانه انما نفعل ذلك يعني الصب والرش على وضوء وقوله كما في الدار المشتركة يعني ان له ان يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار الحق الملك بحقيقته وقوله لانه تصلح علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله في فناء حانوته قيل الفناء سعة امام البيوت ما امتد من جوانبها وقيل ما هو اعد لحوائج الدار كربط الدابة

الدابة وكسر الحطب وقوله فتعقل أي تشبث وتعلق بالبناء وقوله يجب الضمان على الآمر يتعذر مؤاخذة
ذلك إذا علم الأجراء بكونه لغير الآمر أو إذا لم يعلموا وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب
الذي ذكر في الكتاب فيما إذا كان الأجير بحسب المستأجر حيث قال وإن استأجر رجلا ليحفر
له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه إنسان أو دابة والفناء لغيره فإن كان الأجير عالما به فالضمان
على الأجير وإن لم يعلم الأجراء أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لأن الأجير لم يعلم بفساد الأمر قال
ومن حفر بئرا في طريق المسلمين كلامه واضح والبالوعة ثقب في وسط البيت وكذا البالوعة وذكر
رواية الجامع الصغير تنبيها على بيان أن إذن الإمام والافتيات الاستبداد بالرأي افتعال من الفوت
وهو السبق وقوله وكذا الجواب على هذا التفصيل يعني أنه لو فعله بأمر من له الولاية في الأمر
لم يضمنه ولو فعل بنفسه من غير أمر أحد ضمنه وقوله ما ذكرناه يعني من أول الباب إلى هنا
من إخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان وإشراع الروشن وحفر البئر وقوله وغيره
وغيره يعني ما لم يذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع وقوله وكذا
إن حفره في ملكه وإن لم يأذن له الإمام وقوله وكذا إذا حفره في فناء داره يعني وإن لم يكن الفناء
ملكه وقيل جاز له ذلك إن كان الفناء مملوكا له أو إن كان له حق الحفر بأن لا يضر بأحد وإن لم يأذن له الإمام
أما إذا لم يكن كذلك فإنه يضمن وقوله وهذا يعني هذا الجواب وهو أنه يضمن إذا كان الفناء
لجماعة المسلمين أو كان مشتركا كما إذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله ولو حفر في الطريق وما
الواقع فيه جوعا أو غما أي اختناقا بالعفونة قال في الصحاح يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة
الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقدم قول أبي حنيفة أنه مرجح على عادة من يؤخر الراجح فإن الفقه
معه لأن الحر لو حبس رجلا حتى مات غما فإنه لا ضمان عليه بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع
لأنه أثر فعله وهو العمق أثر في نفس الواقع يوجب الضمان وقوله وإن استأجر أجراء فحفروها له
في غير فنائه يعني بأن كان الفناء للغير أو طريق العامة لكنه غير مشهور فأما أن يعلموا أنها في غير فنائه
أو لا فإن كان الثاني فالضمان على المستأجر ولا شيء على الأجير لأن الإجارة صحت ظاهرا إذا لم يعلموا
وذلك يكفي في النقل إلى الآمر لأنه لو توقف على صحة الأمر حقيقة يتضرر الأجير فامتنعوا عن العمل
مخافة لزوم الضمان وبالناس حاجة إلى ذلك فينقل فعلهم إليه وهذا دليل كون الضمان على المستأجر
وقوله لأنهم كانوا مغرورين دليل قوله ولا شيء على الأجراء وصار هذا الأمر في صحته ظاهرا وكون المأمور
مغرورا كالأمر بذبح شاة ظهر أنها مستحقة للغير فإن هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لكونه مباشرا
وكون الآمر مسببا والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهاهنا يجب على المستأجر ابتداء لأن كل واحد
منهما مسبب والأجير غير متعد فترجح جانبه وإن كان الأول فالضمان على الأجراء لعدم صحة الأمر بما لا يملكه
فلا ينتقل فعلهم إليه ولم يكونوا مغرورين فينتفي الضمان عنهم فيبقى الفعل مضافا إليهم وفي عبارته
تسامح لأن صحة الأمر فيما نحن فيه لا يحتاج إلى كونه المأمور به في ملكه حتى يتم التعليل بقوله لأنه
لم يصح أمره بما ليس بمملوك له بل المناسب أن يقول لأن الأمر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطولب بالفرق
بين هذه المسألة وبين الأمر بإشراع الجناح فإن الأجراء هناك إذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الآمر
وهاهنا لم يضمنوا أصلا والجواب ما أشار إليه المصنف في ذبح شاة غيره فإن الذابح مباشر والآمر مسبب
وقد تقدم أن إشراع الجناح كذبح الشاة إذا ظهر مستحقا لها وإن قال لهم هذا فنائي ظاهره قوله وكان
الأمر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر إلى ما ذكرنا يعني قوله لإطلاق يده في التصرف إلى آخره فإن قيل

الفناء صح

في طريق المسلمين

لم يضمن يعني كما إذا أمره الإمام بحفر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به كما لو احفره في ملكه صح

قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر الدلالة في مقابلته أجيب بأن قوله
ليس لي فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشتركا
الدلالة فلا يعارض الدلالة قال ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام كلامه واضح وقوله لأن الأول يعني
جعل القنطرة ووضع الخشبة تعد أما وضع الخشبة فلكونه تعديا ظاهرا وأما بناء القنطرة فلأن الباني
فوت حقا على غيره فإن التدبير في وضع القناطر على الأنهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق
والسعة للإمام فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية تعد لا محالة وقوله وهذا اللفظ يعني به قوله فعطب
به يتناولهما من حيث الوجهين وما تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد
ما وقع في الطريق وفيه نظر لأن قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على إنسان وذلك لا يشمل التعثر
به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قول محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يحمل الشيء في الطريق فسقط
منه ذلك الشيء فعطب به إنسان فهو ضامن قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين وفي بعض
الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن وهذا بالنسبة إلى الرداء
فاسد لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ونقل المصنف إلى المعطوف مع قطع النظر
عن المعطوف عليه وقوله فيخرج بالتقييد بما ذكرناه يعني بوصف السلامة وقوله ما لا يلبسه
عادة يعني مثل اللبود والجوالق والدروع للحرب في غير موضع الحرب وكذا إذا لبس زيادة على ما يحتاج
إليه على رواية ابن سماعة عن محمد لعدم عموم البلوى به وقوله للعشيرة يعني أهل المسجد وقوله ضمن
يعني إذا فعل ذلك بغير إذن أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد لما إذا فعله بإذن واحد من أهل
المسجد وقوله كنصب الإمام يعني إذا لم يكن الباني موجودا أما إذا كان فنصب الإمام إليه وهو
مختار الإسكاف قال أبو الليث وبه نأخذ إلا أن ينصب شخصا والقوم يريدون من هو أصلح منه
ويجوز أن يكون المصنف اختار قول ابن سلام إن القوم أولى بنصب الإمام والمؤذن والباني أولى
بالعمارة وقوله وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما إذا سبقوا بها
فإنه ليس لغيرهم أن يكرروا الجماعة وقوله وقصد القربة لا ينافي الغرامة جواب عن قولهما لأن
هذا من القرب وقوله كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا فإنه قصد القربة لكن أخطأ الطريق فإن شرطها
أن يكون الشهود أربعة ممن تسمع شهادتهم فإذا نقصت تغلب قذفا واستوجب الحد قال
وإن جلس فيه رجل منهم وإن جلس في المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل فأما إن كان في الصلاة
أو لم يكن في الصلاة فإن كان في الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضا أو نفلا لأن
النفل بالشروع يصير فرضا وإن لم يكن فيها بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن على
كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أي تعلم الفقه والحديث أو الصلاة يعني منتظرا لها
أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد للحديث قال محمد هو على هذا الاختلاف
وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي رحمه الله وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله
الجرجاني ليس فيها اختلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لأنه
قال وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من
لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على الاختلاف يعني اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك
بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام أن يقول فتعديل على هذا الاختلاف وقيل لا
يضمن بالاتفاق كما قال بعضهم اعتكافه وقوله لهما أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر قال الله تعالى
في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال وقوله وأنه عاكف

بين صح

نظر صح

بلا زحمة

ولكن من شرط قبول الشهادة في الزنا أن أداء كلهم الكفاية الا يجب حد القذف على الشاهد

الصلاة

أي جلس منتظرا لها المقصود

بهذا صح

في المساجد وقوله وله ان المسجد انما بني للصلاة لان المسجد موضع السجود الا ترى ان المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه يطلب موضعه لا في دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلاة فيه ولا دلالة لما ذكر من الآيتين على ما سوى الاذن والعكوف فيه وليس الكلام فيه وكونها من ضرورات الصلاة مسلم لكن لا بد من التفرقة بين الموضع الاصلي وما الحق به والباقي واضح

فصل في الحائط المائل

لما كان الحائط المائل يناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائله بها في فصل على حدة قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين اخذ الشافعي في هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلماؤنا رحمهم الله استحسنوا ايجاب الضمان وهو مروي عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب وقوله وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام كما ترمي الى الكفار وان تترسوا بالمسلمين وقطع العضو الآكلة عند خوف هلاك النفس وقوله ويتحملها العاقلة قال محمد رحمه الله ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة اشياء على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له لان كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير وقوله والشرط التقدم اليه وهو ان يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا مخوف او يقول مائل فانقضه او اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي ان تهدمه فذاك مشورة ويشترط ان يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان او ذميا او صبيا او امرأة مال الى طريقهم وواحد من اصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار او ساكنها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية على التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة او اعارة لم ينقض حتى لو سقط على انسان فلا ضمان على احد وقوله والشرط هو التقدم دون الاشهاد حتى لو اعترف صاحبه انه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وقوله لان فعلهما كفعل الوصي والاب والام كفعل الصبي وان التقدم اليهم كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك هذا القتيل بسقوط الحائط اذا بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصي اجيب بان التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير ما دامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كان التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم انهما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصي اذا ترك النقض بعد التقدم اليه لحق ضررا على اليتيم فكان الواجب ان يكون الضمان عليه اجيب بان في ترك النقض دفع مضرة محققة وهي مضرة مؤنة النقض ودفع مضرة موهومة لجواز ان لا يسقط وان سقط لا يهلك به شيء فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمانه وقوله في عتق العبد يعني بيا عند دونه تجارته وكان القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه منفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى

وقوله ولان الاشهاد على المولى من وجه اما اذا لم يكن على العبد دين فظاهر لان الملك في الدار للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من جهته الا ترى انه لو ادعى انسان حقا في دار بيده ما دون له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه واما اذا كان عليه دين فعند هما ظاهر وعند ابي حنيفة رحمه الله للمولى ان يستخلصه بقضاء الدين وكان هذا تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى العبد من وجه فاعتبر في ضمان الانفس تقدما الى المولى لما ذكرنا ان فك الحجر لا يتناولها وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحر فيه كما مر وقوله ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه يعني لو هلك احد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه ما ذكر في الكتاب واما جواب القياس فهو ان لا يضمن احد منهم شيئا اما الذي تقدم فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم اليه مفيدا واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من احد منهم في ترك التفريغ والجواب ان الاشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم ادى الى الضرر وهو مدفوع وقوله فعطب لا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني لان التفريغ عنه اي القتيل الاول برفعه مفوض الى اوليائه لانهم الذين يتولون دفنه وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا وقع الجناح على الطريق فعثر انسان بنقضه ومات ثم عثر رجل بالقتيل ومات فان دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح واجيب بان اشراع الجناح في نفسه جناية وهو بفعله فصار كانه القاه بيده عليه فكان حصول القتيل في الطريق مضافا الى فعله لحصول نقض الجناح في الطريق ومن التي سقط في الطريق كان ضامنا لما عطب به والحائط تفريغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه شيء يصير به جانيا لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك جعل فاعلا في حق القتيل الاول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب وقوله واصحا فسقطت يعني الجرة بسقوط الحائط يشير الى انه لو وقعت الجرة وحدها فاصابت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه فهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا او غير مائل كذا في المبسوط وقوله تعالى اي يجعل كل واحد منهم كالمباشر وبانى الحائط وقوله اي لابي حنيفة ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحائط والعمق المقدر يعني في البئر لان اصل ذلك اي اصل العمق والثقل وهو العلة اي ذلك الاصل يعني ان الجزء اليسير لشبهه ما هو كما في قوله تعالى عوان بين ذلك يعتبر كل جزء علة فتجمع العلل وان كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم ينقسم على اربابها بقدر الملك الا ترى انه لو شهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فترك الاشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على من اشهد عليه وعلى هذا تخرج مسئلة البئر ولهما انه اجتمع في حصة معنيان احدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك الغير والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة ان صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله بخلاف الجراحات جواب عن قولهما كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله لا عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية يضاف اليه وكذا اضيف الى الكل وبعضه معتبر ولهذا الضمان باليد وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر احدهما والآخر

ان الدار ملكه

من وجه مشترکا اباحة فلان لانه من التسبيب في كونه كلف الناس في حقه فلا يبالي بالغرض عن ذلك ... بين الا ان طريق مهمانه فالحجة ... وايضا فيه ...

هذه الفروع فقال والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه وفي حق غيره فلانه عرضه فيه كهو في الاحتياج فالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا والنظر الى حق غيره يستدعي الحجر مطلقا فقلنا باباحته مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقية كلامه واضح وقوله والمرتدف فيما ذكرنا يعني في موجب الجناية كالراكب لان المعنى اي المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة بالتسيير على ما ارادا لا يختلف لانهما في ايديهما تحت تصرفهم وقوله ثم هو يعني الايقاف اكثر ضررا بالمارة مما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفا في الدابة فليلحق به وجهه انه اضر منه لما انه اي الايقاف ادوم من السير فلا يلحق به وقوله والسائق ضامن لما نفحت هو بيان احكام الراكب بين احكام السائق والقائد وقوله المراد النفحة اي من قولنا لما اصابت بيدها او رجلها وانما فسرت بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطء فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لاحد فيه وقوله واليه مال بعض المشايخ يعني العراقيين وقوله فيمكنه الاحتراز عنه يعني بابعاد الدابة عن التلف وابعاده عنها وقوله وقال اكثر المشايخ يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله ما ذكرناه يعني قوله لما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل لان الوطء مضمون بالاجماع وقوله وانتقال الفعل جواب عن قول الشافعي رحمه الله لان فعلها مضاف اليهم يعني ان ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولا يكاد يصح لان هنا لا ينتقل بتخويف القتل وههنا تخويف بالضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانهم لم يقولوا بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على اصل آخر وهو ان سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه وقوله صلى الله عليه وسلم الرجل جبار وان في رواية الجامع الصغير اشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان التلف بثقله وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانه لا ينتقل منهما الى المحل شيء قوله لان كل ذلك سبب الضمان يعني ان كل واحد منهما بانفراده سبب في الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب اوجب ضمان ما اتلفت بالوطء وكذلك الركوب فلم يجز ان يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليهما فيضمنان والمسبب لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذي هو مباشرة ويذكر تخصيص لعلل وتخلصه فانه من مظانه قال واذا اصطدم الفارسان ايضرب احدهما الآخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين خصهما بالذكر وما ذكر زفر والشافعي رحمهما الله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روي عن علي رضي الله عنه كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرناه يعني لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الى آخره وفيه بحث من وجهين احدهما ان الخصم ايضا يرجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكر تم قياس والقياس لا يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر بمشيه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله وفيما ذكر جواب عن المسائل المذكورة في جهتها وذلك ان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية واما فيما نحن فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه اصلا فكان صاحبه قاتلا له من غير معارضة احد له

احكام السابق والقائد

فلا يمكنه التحرز وقوله عليه السلام الرجل جبار معطوف على قوله ... اي هدر

لا يتصل

تخصيص

فاتا مل

لم يصلح

لعدم الفائدة فسقط اعتباره في حق نفسه

باب جناية البهيمة والجناية عليها

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة لما لا يحتاج الى بيان قوله لما اوطأت الدابة الصحيح لما وطئت الدابة وقيل يجوز ان يكون معنى الايطاء بحذف وفيه وتقديره اوطأت الدابة يدها او رجلها انسانا فيكون من باب فلان يعطي وقوله ما اصابت بدل عنه قوله لما اوطأت الدابة والكدم العض بمقدم الاسنان والخبط الضرب باليد والصدم هو ان تضرب الشيء بجسدك ومنه اصطدم الفارسان اذا ضرب احدهما الآخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشيء اذا ضربته بحد حافرها واعلم ان جناية الدابة لا تخلو من اوجه ثلاثة لانها اما ان تكون في ملك صاحبها او في ملك غيره او في طريق المسلمين فان كانت في ملك صاحبها واقفة كانت الدابة او سائرة وطئت بيدها او برجلها او نفحت او كدمت وان كان الاول فاما ان يكون سائقها او قائدها واما ان يكون راكبا عليها فان كان الاول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها اتلفت نفسا او مالا لان صاحبها في هذه الوجوه مسبب لاتصال اثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدي في ايقاف الدابة او تسييرها في ملكه وان كان الثاني وهي تسير فان وطئت بيدها او رجلها ضمن وان كدمت او نفحت بيدها او برجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لانه في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان فعله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف وكانا وطئا جميعا والمباشر ضامن متعديا كان او لم يكن وفي الثاني متسبب غير متعد وان كانت الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان كان ادخلها صاحبها فيه او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لانه ليس بمتسبب ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان على كل تقدير كان معها سائقا او قائدا او راكبا او لا واقفة او سائرة لان صاحبها اما مباشر او متسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك غيره بغير اذنه وان كانت في طريق المسلمين وقدا وقفها صاحبها فعليه ضمان ما اتلفت في الوجوه كلها لانه بالايقاف متسبب متعد اذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاما ان يكون صاحبها معها او لم يكن فان لم يكن فان سارت بارساله او انفلتت فان كان الاول يضمن ما اتلفت ما لم يتحول عن جهة الارسال يمنة ويسرة لان ارسالها بالانحاء فقط سبب الاتلاف وهو فيه متعد وان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما اتلفت راكبا كان او سائقا او قائدا الا النفحة بالرجل والذنب لانه مباشر او متسبب والغرض من هذا الاطناب بيان قول المصنف رحمه الله الراكب ضامن لما اوطأت الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت انه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه لانه بهذا الجواب انما يستقيم في قوله ما اصابت بيدها او برجلها لا يستقيم في قوله او كدمت او خبطت او صدمت فيما اذا كان في ملكه على ما مر آنفا وذكر الاصل الذي تبتني

اي ان كان صاحبها معها

لان فعله وثقل الدابة اتصلا

سواء كان معها سائقا او قائدا او راكبها اولا

فتأمل

عليه

في قيمته فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وان كان السقوط بالحفر والمشي جميعا لكن لما كان المشي مباحا لم يعتبر وقوله هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ وجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطأ الدية الكاملة عليهما كما ذكره في الكتاب الا انه ذكر الخطأ في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله فيأخذها اي قيمة العبد ورثة المقتول الحر يعني انه يسقط عن العاقلة لان الدية اذا ثبت للميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون عنه موجب جنايته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجها على اليد وما يحدث فان الدية تصير مهرا وتسقط عن العاقلة واجيب بان السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجح هو الجاني وههنا الراجح وارثه فبالنظر الى ان المستحق هو الجاني يسقط وبالنظر الى ان الراجح غيره لا يسقط بالشك والباقي واضح وقوله لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء يعني السرج وهذه الادوات كما في المحمول عليها بنفسه اذا وقع على شيء فاتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه على ما مر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق قوله ومن قاد قطارا القطار الابل التي تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح قال وان ربط رجل بعيرا ربط بعيرا الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القائد او لم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه امكنه تحرزه عن ربط الغير فاذا ترك ذلك صار متسببا متعديا والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجع على عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في عبارة المبسوط فضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير ووفق الامام الحلواني بينهما بانه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان فانه في الحقيقة على القائد والرابط لان العواقل تتحمل عنهما واعتبر في الجامع الصغير حاصل الضمان كله وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا لان القائد حين علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشيء ولم يذكره لظهوره وقوله وانما يجب الضمان عليهما ابتداء ظاهر وقوله قالوا لفظ الجامع الصغير متعرض لكسيرة الوقوف والمشايخ قالوا هذا اي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار تسير اما اذا ربط لا بل قيام ثم قادها فانه يضمنها القائد بلا رجوع على احد والوجه ما ذكره في الكتاب وقوله ومن ارسل بهيمة يريد به كلبا لقوله بعد ذلك وكذا لو ارسل كلبا ومعنى سوقه اياه ان يمشي خلفه ولو ارسل طيرا اي بازيا وساقه فاصاب في فوره بان قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل التابع لعدم اعتبار السوق والارسال فيه وفي حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شيء وقوله انقطع حكم الارسال لما لو لم ينعطف يمنة ويسرة وقوله وكذا اذا وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال وقوله فعلها اي وقفة الدابة بنا في مقصود المرسل وهو السير مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف وقوله بخلاف معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت الفرد بين الوقفتين وقوله على فوره اي فور الارسال وهو ان لا يميل يمينا ولا شمالا وقوله لما مر اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال ~~وقوله لما مر اشارة الى قوله انقطع الارسال~~ وقوله قال محمد رحمه الله هي المنفلتة اي البهيمة التي هدر النبي صلى الله عليه وسلم فعلها هي المنفلتة لا التي ارسلت فان افسادها اذا كان في فور الارسال للسير يجب كما ذكرنا آنفا فكان تفسيره احترازا عن الاجراء على عمومه وقوله ومن الارسال وامثاله فيعقل من الارسال واخواتها وبلا كلمة اذ السوق والقود لما كان اختيارا لا اخالا للارسال

قوله فلا يسقط

كان الارسال اختيا ايضا ولا يلزم جعل بعض اسباب التعدي اختيا وبعضها اختيارا من غير دليل وليس بشيء لانه ليس ههنا موت معنوي خولف فيما يقتضيه حتى يبنا فيه على ذلك قال ومن فقأ عين شاة لقصاب نقبت عينها الجزر القطع وجزر الجزور نحرها والجزور ما اعد من الابل للنحر يقع على الذكر والانثى وهي تؤنث واما قال وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة ولم يقل وبعيره ليتبين ان البقر والابل وان اعد للحم كالشاة لا يختلف الجواب فيهما بل سوى كانا معدين لهما او للحرث والحمل والركوب فعليه ربع القيمة في الذي لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي فيه النقصان واعتباره بالشاة عملا بالظاهر ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب ذلك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز ان يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ~~اوجب ذلك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز ان يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم~~ فيما يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في ماكول اللحم فيلحق به وقوله ولان فيها مقاصد سوى اللحم دليل معقول على ذلك وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفقء العين لا يفوته بل عيب يسير يلزم نقصان المالية وقوله ولانه انما يمكن اقامة العمل بها دليل آخر وهو ايضا واضح ولكن في الاعتماد على الاول لا يرى ان العينين لا تضمنان بنصف القيمة كذا قال فخر الاسلام وانما قال ذلك لان المعمول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه وقوله اذ نخسها يعني بغير اذن الراكب والنخس هو الطعن ومنه نخاس الدواب دلالها فان قيل القياس يقتضي ان يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لانه ليس من شرط فانه يختص به فلا اقل من الشركة فالجواب ان القياس يترك بالاثر وفيه اثر عمر وابن مسعود وقد اشار المصنف ايضا الى الجواب بقوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس لان فعل الراكب قد انتقل الى الدابة لان الوثبة المهلكة انما كانت منها ~~بنت منها~~ فكان مضطرا في حركته وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس لكونه الحامل على ذلك ملجأ فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما نعلت الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشر ان فرض مباشرا ~~كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشر ان فرض مباشرا~~ لا يعتبر مباشرا ولا التسبب ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل فما بال النفحة اوجبت الضمان على الناخس دون الراكب كما انها توجب ايضا عند اكثر المشايخ وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انها لا توجبه على السائق اذا كان باذن وههنا بلا اذن حتى لو نخس وهو ماذون كان سائقا وامكان التحرز انما يعتبر في غير المتعدي وعند الماذون بذلك متعد في تسببه دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا اتلفت بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفحة بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجح الناخس في التغريم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح بسبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولان الراكب والمركوب مدفوعان وفي

اي المركوب

اي لا يصلح فعل الراكب معارضا لفعل الناخس سعد الدين

أي الوطئ

لورود النظر المذكور

النهاية هو قوله لانه متعد بتسبيبه وليس بشيء فتأمل وقوله والواقف في ملكه والذي يسير في
ذلك سواء يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بملكه احترازا عما تقدم من الايقاف في
غير الملك فانه يتنصف الضمان هناك على ما قلناهما وقوله والثاني اي الوطئ مضاف الى الناخس
لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما وطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن
ابي يوسف وقوله مضاف اليهما اي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليهما اي الى النخسة
وقوله ولا يتناوله من حيث انه اتلاف لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عنه ولا من
ضروراته وقوله يقتصر عليه اي على الناخس لان الراكب اذن له بالسوق لا بالايطاء والاتلاف
وقوله والركوب وان كان علة جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة الوطئ بمعنى انه
انه يشتغل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة رجله حقيقة ولهذا تجب عليه
الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطئ والاضافة الى العلة اولى
ووجهه ان الركوب وان كان علة الوطئ لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب
بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطئ فكان الوطئ بناء على علتين فيجب الضمان عليهما
وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وصار كما اذا امر صبيا يستمسك انما
قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على احد اما على الصبي فلان مثله بمنزلة الحمل على
الدابة فلا اضافة في السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها وانما يضاف سيرها الى الاحد
كانت منفلتة وفعلة جبار وقوله والناخس اذا كان عبدا يعني وكان بغير اذن الراكب فالضمان
في رقبته يدفع او يفدي والباقي ظاهر الى اخره والله اعلم بالصواب واليه المآب

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان جناية المملوك
وهو العبد واخره لانحطاط رتبته عن رتبته لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة
لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب والسائق او القائد وهم ملاك **قال** واذا جنى
العبد جناية خطأ اعلم ان التقييد بالخطأ ههنا يفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدا يجب
القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب
المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله قيل للمولى اما
ان تدفعه بها او تفديه يعني بعد الاستيفاء فانه لا يقضي على المولى بشيء في ذلك حتى يبرأ المجني عليه
اعتبارا لجناية الحر وقد بينا انه يستأني في جناية الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها فالقضاء قبل
الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله وفائدة الخلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعنده الوجوب

والعبيد وللاين العبيد صح

العبد بجناية صح

الاختلاف

على

على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد
العتق لانه بالعتق صار مختارا للفداء وقوله والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم
فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روي
عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبه قال عبيد
الناس اموالهم جزاء جنايتهم في قيمتهم اي جناية اعناقهم لان الثمن قيمة العبد وقوله فتجب في
ذمته يكون ساقطا كما لو اتلف رقبته يباع فيه الا ان يقضي المولى دينه كذا يكون في الجناية
كما في الجناية على المال وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي رجلا خطأ تجب ديته
~~كما في الجناية على المال وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل~~
الذمي رجلا خطأ تجب ديته في ذمته لانه لا عاقلة له كما لا عاقلة للحر وقوله تعالى هذا بخلاف
الذمي يدل على صحة هذه النسخة وقوله ولنا ان الاصل الى اخره ظاهر وفيه بحث
وهو ان الكلام في المسألة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب
على العبد كما ذكرنا وهو بناء على اصل ونحن على اصل فمن اين يقوم لاحدنا حجة
على الاخر الوجوب ويمكن ان يقال الشافعي يوجب موجب جنايته في ذمته كوجوب
الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا الفرق بينهما بقي اصله فيبطل
وكذلك المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته
واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا تعقل ابطاله لكن تنفيس على
اصل يبطل بالحذف ابدا في قوله ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف
يبطل ايضا بقوله لنا الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف سقط ان ما يقولنا
الاصل في موجب الجناية العمد لا الخطأ ولا يفيد اذ الكلام في الخطأ والثاني في
محل النزاع وقوله لانه هو الجاني غير متعين لانه يحتاج الى انه يقول والاصل
في الجاني ان يكون موجب جنايته على نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المطلوب
وقوله الا انه يخير استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى
عاقلته لما كان مخيرا كما في سائر العواقل ووجه ذلك ما ذكر في الكتاب وتحقيقه
ان الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة
على وجه لا يورث الاجحاف واما ههنا فالمولى واحد فاظهر باثباته بالخيار
وقوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة
المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذا مات فان
العاقلة لا تسقط عنها فانه وجهه ان الواجب الاصلي هو الدفع وان كان له حق
النقل الى الفداء كما في مال الزكاة فان الموجب الاصلي فيها جزء من النصاب وللمالك ان
ينقل الى القيمة ولهذا اي لكون الواجب الاصلي هو الدفع
~~الفداء ... الموجب الاصلي ... تسقط الموجب بموت العبد لفوات~~
المحل وقوله في الصحيح احترازا عن رواية اخرى ذكرها الكرخي ان الدية هو الاصل
ولكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الاسرار
بعضها صحيحا ذكر ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال

جعل صح
بلا اصل
صيانة للدم عن الهدر وقوله
الجناية على المال لان العواقل لا تعقل
المال فيجب في ذمته صح

الاحتياج ... غير متعين فلا يتم ...

غيرها

والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد وقوله بخلاف
الجاني جواب عما ذكرها هنا مستشهدا به كما ذكرنا آنفا ووجهه ان الواجب لا يتعلق بالحر
استيفا فصار كالعبد في صدقة الفطر فانها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت
العبد قال فان دفعه فان دفع المولى العبد الجاني ملكه ولي الجناية وان فداه بارش الجناية
وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان الواجب عند اختياره عين العبد فهو ظاهر وانه حل
في الاعيان باطل لان التاجيل شرع للتحصيل بترفيه وتحصيل الحاصل باطل واما الفدا فلانه
لما حل بدلا في الشرع قام مقامه ولهذا سمي فدا فاخذ حكمه وقيل كون الشي بدلا عن شي لا
يستلزم الاتحاد في الحكم الا ترى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحدا في الحكم فان
القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا يتعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء
والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك واجيب بان الفدا لما وجب بدلا بالجناية
في النفس والعضو اشبه الدية والارش وهما يثبتان موجلا وذلك كون الفدا كذلك
ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك اي كسائر
الديون حالا لان الاجل في الديون عارض وهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض
جانب الحلول والاجل فرجح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال لموافقته بين الاصل وفرعه
وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به ويجوز ان يقال الاصل ان لا يفارق
الفرع الاصل الا بعارض وربه فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا
تتغير الا بعارض وربه والمسائل المذكورة تعرف بذلك وهو ان القصاص عرض صار
لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به وان التراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بدلا عن الماء في
النية بل يكون مطهرا شرعا بخلاف الما وفيما نحن فيه ليس امر عرض يمنعه عن الحلول
الذي هو حكم اصله فيكون ملحقا به لا يقال قد يتصور توجه حالا لا نعرض وان كان ذلك
لزمه باختياره على الدفع فعوض مرضي وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله ان الواجب
الاصلي هو الدفع الى اخره وان مات اي العبد الجاني بعدما اختار المولى الفدا لم يبرا وقوله
لم يبرأ بموت العبد عن الفدا وطولب بالفرق بين هذا وبين حنث الكفارة اليمين فان الحانث
مخير وان عين احدهما فلا يتعين وأجيب بان حقوق العباد واجب رعايته لاحتياجهم
وذلك في التعيين قولا وفعلا واما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فيتعين الواجب
به وقوله لان تعلق الاولى اي الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل
ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن
لو مات بعد الرهن وعليه ديون اخرى سوى دين المرتهن فحقه قبل الرهن او بعده لا يتعلق
سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع اجيب بان في
الرهن ايفا واستيفا حكما فكان المرتهن بعد استيفاه فلا يتعلق به غيره وليس في الجناية
كذلك وقوله على قدر ارش جنايتهما لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من
ان يقسم على قدر المعوض وقوله لما ذكرنا يعني قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية
وقوله على هذا حكم الشجاج يعني لو شج رجلا موضحة واخر هاشمة واخر منقلة ثم اختار المولى الدفع
يدفع الى صاحب الموضحة سدس العبد لان له خمسماية والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له الفا والى

صاحب

صاحب الهاشمة ثلثه لان له الفا والى صاحب المنقلة نصفه لان له الفا وخمسماية فيقسمون الرقبة هكذا
وقوله وهي الجنايات المختلفة يعني يجاز ان يختار في احدهم خلاف ما اختاره في حق الاخر كما لو انفرد
كل واحد منهم وقوله والحق يجب للمقتول جواب عما يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو
متعدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب ان يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه انا لا نسلم
ان المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول الى اخره لانه افاد الملك يثبت للوارث حقيقة
وحكما وللميت حكما فقط لانه ليس من اهل الملك حقيقة فيجب ترجيح جانب الوارث لان ملك
الميت اصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل اولى قال وان اعتقه المولى الاصل
في جنس هذه المسائل ان المولى اذا علم جناية العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجزه عن الدفع صار
مختارا للفدا والا فلا واذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختارا للفدا لكن يضمن الاقل من قيمة العبد
ومن ارش الجناية وعلى هذا تخرج الفروع المذكورة في الكتاب وقوله على هذين الوجهين يعني قبل العلم
وبعده وقوله بخلاف الاقرار على رواية الاصل يعني اذا جنى العبد جناية فقال المولى هو عبد فلان فدفعه
او ان فلانا هو لفلان الغائب وديعة عندي او عارية او اجارة او رهن لا يصير مختارا للفدا لما ذكر
في الكتاب ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقام بينة اخر الامر الى قدوم الغائب وان لم
يقم اخوطب بالدفع او الفدا ولا يصير مختارا لما ذكر في الكتاب وقال في الجامع يصير مختارا وهو رواية خارجة
عن الاصول وقوله واطلاق الجواب يريد به قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها الى اخره وقيل يريد به
قوله في اول الباب واذا جنى العبد جناية خطا فانه يستطيع النفس وما دونها وقوله وكذا المعنى لا يختلف ان
كل واحد مال وقوله لانه يزيل الملك بلا خلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه
وليس يحتاج اليه ههنا وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ونقضه وبخلاف العرض على
البيع يعني لا يصير مختارا لانهما لا يزيلان الملك ما زال قبل المشتري بشرط الخيار واذا باع بشرط الخيار لنفسه
كان مخيرا في البيع والبايع بشرط الخيار لنفسه او بالعرض على البيع مختارا للفدا واجيب بان في عدمه ضرورة
لم يتحقق ههنا وجناية لم يجعل مختارا وفاسخا ههنا لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر
الفسخ في الاول وتقدير الاجازة في الثانية واما ههنا فلو لم يجعل مختارا للفدا ههنا التصرف لم يتبين
بالدليل انه تصرف في ملك الغير فافترقا وقوله بخلاف الكتابة الفاسدة بان كاتب المسلم عبده الجاني
على خمر او خنزير فانه يصير مختارا للفدا لانه موجب ثبت بنفس العقد وهو تعلق العتق باداء فكان نظير
البيع الفاسد بعد القبض وقوله فيما ذكرناه قبل يعني في اختيار الفدا وقيل في العلم بالجناية وقوله
ولو ضربه فنقصه يعني بان اثر فيه حتى صار مهزولا او قلت قيمته بتعلق اثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما
بالجناية لانه حبس جزا منه واما اذا امره بعمل يحلو كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش لانه يرضى
تلف الدم لانه باخذها نقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضي به ثانيا صار كان النقصان حصل بافة
سماوية وقوله وكذا اذا كانت بكرا فوطيها يعني يصير مختارا للفدا وان لم يكن الوطي معلقا لما قلنا انه
حبس جزا منه وقوله بخلاف التزويج يعني لا يصير مختارا للفدا لانه لا يبين محنة الدفع وعلل المصنف
بقوله لانه عيب من حيث الحكم وذلك لا يثبت به اختيار الفدا كما لو قطع يدها السرقة عالما بالجناية
فان هذا الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكميا لم يثبت به اختيار الفدا وفيه اشارة الى رد
طعن عليه حيث قال التزويج تعييب وبالتعييب يثبت اختيار الفدا كما لو ضرب على يدها عيبا وذلك لان
التعيب حقيقة يثبت اختيار الفدا لان فيه حبس جزء منها واما الحكمي فليس كذلك وقوله بخلاف وطي
الثيب فانه به لا يصير المولى مختارا للفدا ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من اعلاقه وقوله

في ظاهر الرواية احترازا عما روي عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختيارا لأن الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلا على مشاركة العين فإن قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فإن الوطء هناك فسخ للبيع وإن لم يكن معلقا أجيب بأنه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطء حراما لأنه إذا اختار العقد بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها فيتبين أن الوطء حصل في غير ملكه فللتحرز عن ذلك جعلناه فسخا وههنا إذا دفعها بالجناية يملكها ولي الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يشاركه شيء من زوائدها فلا يتبين أن الوطء كان في غير ملكه وقوله وبخلاف الاستخدام يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لأن الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالإجارة والرهن في الأظهر لأن الإجارة تنقض بالأعذار وقيام الجناية عذر في نقض الإجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء وقوله في الأظهر احترازا عما ذكر في بعض نسخ الأصل أن يكون مختارا في الإجارة والرهن لأنه أثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وقوله وكذا بالإذن في التجارة يعني لا يكون به مختارا لأنه لا يعجز عن الدفع ولا ينقص الرقبة إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لأن الغرماء يتبعونه وولي الجناية إذا دفع إليه فله أن يمتنع من قبوله قال ومن قال لعبده ومن علق عتق عبده بجناية توجب الدية مثل أن يقول إن قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك خلافا لزفر لأن اختيار الفداء إنما يكون بعد الجناية والعلم وعند التكلم لم يكن شيء منهما موجودا وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا واستشهد بالمسألة المذكورة في الكتاب قوله ولنا ظاهر وقوله ولأنه حرضه دليل آخر ومعناه أن المولى حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل والرمي والشج بتعليق أقوى الدواعي إليه إلا الشرط وهو الحرية والظاهر أنه يفعله رغبة منه في الحرية وهذا دلالة الاختيار وإنما قلنا بالجناية لأنه لو علقه بغيرها مثل أن يقول لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم جنى ثم دخل الدار عتق والمولى لا يصير مختارا للفداء لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما إذا علق بالجناية فإنه علق بها أقوى الدواعي إليه والظاهر وجودها فكان عالما بها ظاهرا وإنما قلنا بجناية توجب الدية لأنها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وإنما هو على العبد ولذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئا وقوله ووجه ذلك يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتقه وسنبين أن الصلح أي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح بسقوط موجب الجناية به وإنما وقع باطلا لأنه كان بغير المال لحكم جريان القصاص بين الأطراف والأحرار والعبيد وإذا سرى تبين أن المال لم يكن واجبا وإنما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لأن الذي كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فيبطل وإذا بطل لا يورث شبهة كما إذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم بالحرمة عليه فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر من حال العاقل أنه إذا أقدم على تصرف قصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح إلا بجعله صلحا عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك بمقتضى الإقدام على الإعتاق وقد جعل المولى أيضا كذلك دلالة لأنه رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير أرضى وشرط صحة الاقتضاء وهو إمكان المقتضي موجود ولهذا الوقت على ذلك ورضي به المولى

فتبين

فتبين أنه إذا أعتق حصل بينهما صلح صحيح ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول باطل فرد العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل وقوله وذكر في بعض النسخ قال الإمام فخر الإسلام وذكر في بعض هذا الكتاب أي كتاب الجامع الصغير هذه المسألة على خلاف هذا الوضع وسياق الكلام مثل ما ذكره في الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله إلى آخر ما ذكرنا يعني وإن لم يعتقه رد إلى مولاه ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو وقوله وهذا الوضع يرد إشكالا قيل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وإنما خص هذا الوضع لورود الإشكال لأن دفع العبد بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لأنه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا بطريق العفو ولا كذلك الوضع الأول لأن الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حطيطة فلا يرد إشكالا على مسألة العفو وقيل هذا الوضع أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد إشكالا ~~وقيل هذا الوضع أي وضع الجامع الصغير~~ في إذا عفى عن اليد وسرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب واختلف المشايخ في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذكر ههنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسألة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان تجب الدية وفي مسألة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسألة وتلك على القياس والاستحسان فيندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهو أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن الحق له كان في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا وبطلان الجناية كذلك لأن العفو عما يبطلها فبعد ذلك وإن بطل العفو بالسراية حكما يبقى موجودا حقيقة وذلك كان لمنع القصاص أما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فإذا لم يمتنع الجناية لم يمتنع العفو هنا إذا لم يعتقه أما إذا أعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل وهو قوله لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده إلى آخره وقوله فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية يعني إذا كانت القيمة أقل من الأرش وقوله أتلف حقين وأمكن وقوله ويمكن الجمع بين الحقين جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان لكون الإتلاف واردا عليهما ووجهه أن الجمع بينهما ممكن إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الإتلاف واردا عليهما فيضمنهما به وكالوفصل أن العبد إذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فإن دفع بيع في دين الغرماء فإن فضل شيء كان لأصحاب الجناية وإنما بدأنا بالدفع لأن به توفير الحقين فإن حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لأرباب الديون ومتى بدأنا بالبيع في الدين تعذر الدفع بالجناية لأنه تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية فإن قيل ما فائدة الدفع إذا كان البيع بعده واجبا أجيب بأن فائدته حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين لأن للناس في الأعيان أغراضا وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لأنه موجبها متى دفع فإذا صار مشغولا ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف إلى ولي الجناية لأنه بيع على ملكهم وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الأول وإنما قيد المسألة بعلم المولى بالجناية قوله فعليه قيمتان لأنه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لأن الإعتاق بعد العلم

العبد في هذه الوضع صح

بالجناية توجب الارش دون القيمة وقد مر تركه بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي واضح وقوله فلا
يظهر في مقابلته الحق يعني حق الدفع لانه دونه اي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك
مرجوحا قال واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فرق بين ولادة الامة بعد الدين
وبين ولادها بعد جنايتها في ان الولد يباع معها في الاولى دون الثانية بان الدين وصف
حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها
ببيع او هبة او غيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية القارة في الام فتسري الى الولد كالكتابة و
التدبير والرهن واما موجب الجناية فالدفع او الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لم يصر
المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او استخدام وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي
وهو الدفع فلا يسري الى الولد لكونه وصفا غير قار يحصل عند الدفع وقوله والسراية في
الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية بنا على ان الوصف الحقيقي في محل لا يمكن ان
ينتقل الى غيره واما الوصف الشرعي فهو امر اعتباري يتحول بتحويله واعترض بوجهين احدهما
لا نسلم ان دين الامة في ذمتها فان المولى ان اعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها لما ضمن
كما لو قتل مديون انسان فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا لما سرى
الدفع الى ارش استحقت بجناية جني عليها جان ودفعه اليها بطريق الاولى لان ولدها جزؤها
وارشها ليس كذلك فلما سرى الى جزئها الذي هو اثر فعل حقيقي وان لا يسري الى ما ليس جزءها
واجيب عن الاول بان وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق
الغرما واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى ولا يجب عليه ايضا الديون لانها
قيمة العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابله
من العين وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهي منتفية نعم المنافع وهي معدومة لا يقال هذا
المانع موجود في صورة النزاع فيها الاعتبار للاتلاف هنا لانه محل لا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف
صورة النقض فان قلت اذا كان تخصيص العلة قلت تخلصه معلوم وعن الثاني بان الارش بدل
جزء متصل فات بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل اجزائها فما فات من الاجزاء بعوض قام العوض
مقامه كما لو قتلت واخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولي الجناية اعتبارا للجزء بالكل بخلاف
الولد فانه بعد الانفصال ليس جزءا ولا بدلا عن جزء وقوله واذا كان العبد لرجل صورته المذكورة ظاهرة
وذكر في الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله وابراء
العبد يعني من كل الدية ولا منه فسقط دينا وابرأ المولى لانه لم يدع عليه في الجناية اعتاقا حتى
يصير به مختارا للفداء ان علم بذلك او مستهلكا حق المجني عليه ان لم يعلم ولذلك لم يكن له سبيل
على اخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشي ولا على العاقلة لا بالحجة وقوله واذا اعتق العبد
يعني اذا اعتق عبد معروف بالرق فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الاخر بل قتلته وانت
حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لانه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه
اذ الكلام في عبد معروف بالرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء واعترض بان
العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر في ذلك التاريخ فينبغي ان يكون القول
قوله واجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود اصل الاقرار وههنا هو منكر لاصله فصار
كمن يقول لعبده اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق وقوله كان القول قوله يعني مع يمينه وقوله لما
ذكرنا اشارة الى قوله لانه منكر للضمان قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قد اعتقتك ايضا

مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله الا الجماع والغلة ان يقول لها جامعتك وانت
امتي واخذت منك غلة عملك وانت امتي وقالت بل كان بعد العتق فان القول قولها لان المقر الذي
هو المولى استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يضمن الا شيئا قائما
بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان اقر باخذ شي بعينه والماخوذ قائم في يدها واختلفا
فيه على هذا الوجه فان الرد يجب عليه بناء على ما مهد في الاصل المذكور واجاب عن تخلف الشي
القائم بعينه بانه اقر بيده اي بيد الماخوذ منه حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليه
وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما
يبريه فلا يكون القول له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها
لو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا
اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل فيهما الاسناد الى حالة معهودة
منافية للضمان بخلاف غيرها فانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقات عينك اليمنى صحيحة ثم فقات عيني
بذلك بوانه عن ضمان العين قصاصا وارشا وقال المقر له بل فقاتها وعينك مفقوءة تريد به
وجوب نصف الدية وهذا بنا على ان حسن العضو المتلف ان كان صحيحا حال الاتلاف ثم تلف
سقط القصاص بناء على ان اصل اصحابنا ان موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العدول
الى المال فبقبل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب القصاص فيه كما اذا
قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقء العين بالتقوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الاصل المذكور
واجيب بان المراد فقاء ذهب به نورها ولم تنخسف والقصاص فيه جار وقوله وكذا يضمن
مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن ليس له ان تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره
بيانا لمسئلة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال الحربي ثم اسلم الحربي ثم
خرجا الينا فقال له المسلم اخذت منك مالا وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم فانه
على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد انه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية
للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا فكان مقرا
بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يسمع الا بحجة والله اعلم والحاصل ان هذه المسائل على الاثة
اوجه وجه يكون القول قول المولى وهو ما اذا اخذ الغلة او وطي ووجه يكون القول قول الجارية وهو
ما اذا اقر المولى انه اخذ منها مالا وهو قائم في يدها ووجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها او
قطع يدها وقد اتفقوا على اصلين احدهما ان الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط
المقر به والاخر ان من اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه الاول مخرج على الاصل
الاول بالاتفاق والوجه الثاني مخرج على الاصل الثاني بالاتفاق والوجه الثالث خرجه محمد على الاول
وهما على الثاني وقوله واذا امر العبد المحجور على الوجه الذي ذكره محمد ظاهر وقوله على ما بينا من قبل اشارة الى
ما ذكره من قبيل فصل الجنين وقوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة اي لا ضرورة في اعطا الزيادة لانه
يتخلص عن عهدة الضمان باعطا الاقل من قيمة الغلام وقيمة العبد لانه انما التمعه بالامر وما هو الا اقل
منهما قال واذا قتل العبد رجلين عمدا لكل واحد منهما ولي الى قوله وان دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه
لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفة واصل هذا ما اتفقوا عليه ان قسمة العين اذا وجبت بسبب
دين في الذمة كالغرماء في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في

الذمة كالعرض في الشركة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وأما
إذا وجبت قيمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسألة بيع الفضولي وهو أن فضوليا
لو باع عبدا لإنسان كله وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المالك كان العبد بين المشتريين
أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال
عند المزاحمة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال فإذا ثبت هذا قال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله في هذه المسألة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه للساكت من ولي
العمد كان في جميع الرقبة فإذا عفى أحدهما بطل حقه وفرغ النصف بلا منازعة بقي النصف
الآخر وليستوي منازعة ولي الخطأ والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف
بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كما في مسألة الفضولي ولأبي
حنيفة أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير
العين يكون بطريق العول والمضاربة وهذا لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف وحق الشريك
العافي خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألفان لرجل وألف
لآخر مات وترك ألف درهم كانت بين صاحبي الدين أثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها
لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لأن الملك يثبت للمشتري
ابتداء قوله وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما فسره المصنف بقوله أي قريبا لهما قال رحمه
الله تعالى وإنما خصت الموالي بهذا لما ذكرنا أي لا قارب ويحتمل أن يراد به عبد لهما أعتقاه يعني
أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند أبي حنيفة وقالا لا يقال العافي ادفع نصف
نصيبك إلى الشريك أو افده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة
والأشهر أنه مع أبي يوسف قال أبو يوسف ومحمد أن حق كل من المولين في نصف القصاص
ثابتا لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لأن العبد في حق الدم يبقى على أصل الحرية
والمولى من دمه كأجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فإذا عفى أحدهما
انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه
في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان
في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع
أو يفديه بربع الدية ولأبي حنيفة أن نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل
أن يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلا ويحتمل
أن يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو
الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا لأن المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية
في هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل على النسخ على المسموع

ومعنى المنازعة أن كل جزء فرغ من دعوى أحد سلم للآخر بلا منازعة غاية البيان

فيتعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف صح

معنى العول أن يضرب كل واحد منهما بسهمه فيجمع السهام وتقسم العين على مبلغ السهام غاية البيان

باب أحكام الجناية على العبد

احكام صح

لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان الجناية على العبد وقدم الأول ترجيحا
لجانب الفاعلية ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فإن كانت
قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضي له بعشرة آلاف درهم إلا عشرة وفي الأمة إذا زادت
قيمتها على الدية قضي لها بخمسة آلاف إلا عشرة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول
أبي يوسف أولا وقال أبو يوسف آخرا وهو قول الشافعي رحمه الله تجب قيمته بالغة ما بلغت
بالإجماع لهما أن الضمان بدل المالية بالقيمة أما أنه بدل المالية فلأنه يجب للمولى وهو لا
يملك العبد إلا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء
المالية أصلا أو بدلا وإن كان هلكت وصار كقليل القيمة وكالغصب وأما أنه بدل المالية
بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيح لجانب المالية على الآدمية لأن المماثلة واجب الرعاية
والرعاية في ذلك أكثر لأن المال وإن كثر لا يماثل النفس ويماثل المال ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما
الله قوله تعالى ودية مسلمة إلى أهله ووجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية
مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولأن فيه
معنى الآدمية حتى كان مكلفا بالأخلاق وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا
خلاف والآدمية أعلاهما فلا محالة يجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما إذ
العكس يفضي إلى إهدارهما جميعا لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها وفي إهدار الأصل
إهدار التابع وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما فإن قيل لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر
بل بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما أجيب بأن الجمع إنما يوجد بإيجاب الدية
مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الإجماع وقوله وضمان الغصب جواب عن قولهما
وكان كالغصب وقوله وبقاء العقد جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع وقوله وقليل القيمة
جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة وقوله بأثر عبد الله بن مسعود وقع في بعض النسخ ابن
عباس وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم قيل والأول أصح
لما نقله الأكمل(?) واعترض بأن أثر ابن مسعود رضي الله عنه معارض لما روي عن عمر وعلي
وابن عمر رضي الله عنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت وأجيب بأن المروي عن ابن
مسعود رضي الله عنه أرجح لأن فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدي إليه العقل وليس فيما
روي عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الأموال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولا على
أنهم قالوا بالرأي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقوله لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة أي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي
ذكره خلاف ظاهر الرواية لأنه ذكر في المبسوط فأما طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه
المالية لأنه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت
إلا أن محمدا رحمه الله قال في بعض الروايات العقول هذا يؤدي إلى أن يجب بقطع طرف العبد فوق
ما يجب بقتله إلى أن قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف إلا خمسة وقوله
لأن القيمة في العبد كالدية في الحر يعني تجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لأنه
تجب في الحر نصف عشر الدية إذ هو أي القيمة بدل الدم على ما قررنا إشارة إلى قوله ولأن في

ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت صح

يستدل بدل على كون الضمان بدل المالية

أي إذا كانت القيمة أقل من عشرة آلاف أي قيمته لسعاية أو ما دونه

وبيان تعذر الجمع أن اعتبار الآدمية يوجب الدية واعتبار جهة المالية يوجب القيمة وبينهما تناف وتضاد

حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلّمة الى اهله وقوله وان كان عبد امة ظاهر قال
ومن قطع يد عبد فاعتقه صورة المسئلة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب وقوله في الوجه الاول
يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله لاشتباه من له الحق يعني المستوفي وجهالته
تمنع القصاص وقوله وفيه الكلام اي يعني اذا كان له ورثة غير المولى وقيل اي في وجوبه
على وجه يستوفى لا على اصل الوجوب لانه لا فائدة الا الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره
وقيل اي في تعذر الاستيفاء وقيل اي في تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه ان تعذر استيفاء
القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وبتحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء
وقوله وان اجتمعا عليه لا يزيل الاشتباه جواب عما يقال سلمنا ان من له الحق مشتبه لكن يزول
الاشتباه باجتماعهما عليه ووجهه ان اجتماعهما لا يزيله لان الملكين في الحالين مختلف فان الملك
للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما
على الدوام في الحالين فلا الاجتماع مفيد بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لاخر يكون صح
فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له
بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة فاتت لا الى بدل فلا
يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه
الاخر لزوال الاشتباه وقوله على اعتبار احدى الحالتين وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة
الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله فيما يحتاط فيه يعني في الذي لا يثبت بالشبهات
فانه يحترز بهذا عمن قال لاخر لك علي الف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى
بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيه البذل والاباحة فما وقع لا
يبالى باختلاف السبب كذلك في الفروج وفيه نظر فان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون
عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى ان يفسر بما يحتاط فيه الدماء والفروج فانه
استشهد بعدم حل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات او يفسر بالذي لا يجري فيه البذل وهو راجع
الى الاول وقوله ولان الاعتاق قاطع للسراية دليل اخر لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية
وذلك يمنع القصاص الا ترى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك
الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق
وان كان عمدا فعند محمد لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا تفصل بينهما وبانقطاعها
يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كانه تلف بآفة سماوية فان قيل ينبغي
ان يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية الجناية صح
وهو القتل لانه اذا سرى تبين انه قتل لا قطع ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية في الاستيفاء في العمد
للمولى فيستوفيه لان المقضي له وهو المولى معلوم والحكم وهو استيفاء القصاص متحد فوجب
القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الاول يعني اذا كان له ورثة غير المولى حيث لا يجب القصاص
بالاتفاق لان المقضي له مجهول لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو المولى ولو اعتبرنا حالة
الموت كان الورثة ولا معتبر باختلاف السبب هنا اي في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد
ورثة سوى المولى في العمد لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو
المولى بخلاف تلك المسئلة يعني المستشهد بها بقوله كما اذا قال لاخر بعتني هذه الجارية الى اخره

فان

فان الحكم فيها مختلف لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا
وملك اليمين قد لا يثبته ولو اثبته لم يكن مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف السبب وقوله ولان
قاطع السراية في صورة الخطأ دون العمد وذلك لانه لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من
له الحق وذلك في الخطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه
قنا وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه
اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق
الخلافة عنه اذا الغرض انه لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق والحاصل من هذا كله
ان صور من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى ثم مات لا تزيد على اربع لانه اما ان قطع عمدا
او خطأ فان كان الاول فاما ان يكون للعبد وارث سوى المولى او لم يكن فان كان انقطع الاعتاق
السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضي له والمقضي به والا لم يكن لا يقطعها عندهما
خلافا لمحمد وان كان الثاني فالاعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث او لم يكن فلا يجب
القيمة او الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر قال ومن قال لعبديه احدكما حر
ثم شجا فوقع العتق على احدهما اي بين ذلك المبهم بالتعيين في احدهما وانما ذكر بلفظ وقع
ليدل به على ان العتق لم ينزل على احدهما في حق الارش معينا وان كان ظهر وقوع العتق على احدهما
في بعض الصور كما في الموت والقتل فانه اذا قال لاحدهما او قيل بعتق العتق في الاخر فارشهما
للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة فيكون
ارشهما للمالك ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد لا قيمة عبدين ولا دية حرين والفرق ان
البيان وهو تعيين العتق المبهم في احدهما انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف في اصول الفقه
ان البيان انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء ولو مات احدهما فبين العتق فيه
لا يصح واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه حتى يشترط لما اجبر عليه اذ المرء
لا يجبر على انشاء العتق والعبد بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا
له فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل
كل واحد منهما رجل والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا او اثنين فان كان واحدا فاما
ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية
للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما تجب ديته في حال وقيمته
في حال فيقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا اختلفتا فعليه نصف
قيمة كل واحد ودية حر لتيقن انه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس احدهما اولى
من الاخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وان كان الثاني اثنين
فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد
من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق المعين كانه غير نازل وانما هو نازل في
المنكر ولا يتيقن ان كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك
للمولى او لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة
لان العتق في حق المولى ثابت في احدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين
وان لم يدر ايهما قتل اولا فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمة الاول للمولى
وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المصنف

قوله ولان الاعتاق لا يقطع السراية جواب عن ... صح

جرح فات احدهما صح

بعد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل صح

رحمه الله فيما اذا كان قتلهما معا سوا كان القاتل واحدا او اثنين وقوله ولان العباس
معطوف على ان في قوله والفرق ان البيان انشا ووجهه ان العباس يأبى ثبوت العتق في
المجهول لانه لا يفيد فائدة العتق من اهلية الولاية والقضاء والشهادة وما هو كذلك
فلا معتبر به في الشرع وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وابتنائه ولاية النقل من المجهول
الى المعلوم بطريق البيان بتعيين المبهم في احدهما بعينه فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس
لانها محل العتق دون الاطراف لانها لا تحل تبعا فبقي العبد مملوكا في حق الاطراف على اصل
القياس قال ومن فقأ عيني مملوك هذه المسألة تسمى مسألة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة
ودليل الشافعي كذلك وقاسها على ما اذا قطع يدي حر او مدبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه او فقأ
احدى عينيه ونحن نقول لان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبار المالية في
حق الذات اي جميع وجه معتضد عليه ساقط بالاجماع فان الشرع اوجب كمال الدية بتفويت
جنس المنفعة فيجب الضمان والضمان يتقدر بقيمة الكل واداء قيمة الكل يقتضي تملك الجثة دفعا
للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني
المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين
لم يوجد تفويت جنس المنفعة حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس قيل فرغ من ... على
الشافعي لبعض اصحابنا فقال ولهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان معنى المالية لما كان معتبرا
وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي ذكرناه وهو قوله وقالا ان شاء امسك العبد الى اخره وبين الملازمة
بقوله كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه واخذ
قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان لان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية
غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا الى اخره وهو واضح وقوله ثم من احكام الاولى
اي الادمية ان لا ينقسم على الاجزاء اي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفائت من الطرف بل يكون بازاء
الفائت لا غير كما في فقء عيني الحر ولا يتملك الجثة وقوله ومن احكام الثانية اي المالية ان تنقسم
اي موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثة ويتملك الجثة كما في تخريق الثوب فوفرنا على الشبهين
حظهما من الحكم يعني بالنظر الى الادمية ينبغي ان لا يجب الضمان متوزعا بل بازاء الفائت لا غير وبالنظر
الى المالية ليس له ان ياخذ كل بدل العين مع امساك الجثة كما انه ليس له ذلك في المال وفيما قالا اهدار
لجانب الادمية حيث جعلاه كالثوب المخرق وفيما قاله الشافعي اهدار الجانب المالية اصلا حيث
جعله كالحر يفقأ عيناه فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته نظرا
الى المالية وان شاء امسكه ولا شيء له نظرا الى الادمية

بتعيين المبهم

البدن

شرع في الاستدلال صح

فصل في جناية المدبر وام الولد

لما ذكر جناية المملوك والجناية عليه قدم ما هو الاصل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد
ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر كام الولد غير ان ام الولد احط رتبة

ايضا

ايضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر
وهي تنحط ايضا في الانوثة والانحطاط في اسم المملوكية اوجبا تأخر ذكرها عن ذكر المدبر
قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى جناية المدبر على سيده في
ماله دون عاقلته الاقل من قيمته ومن الارش لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح قضى بجناية المدبر على مولاه
وكان حكمه بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع ولانه
صار مانعا من تسليمه كما ذكر في الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش
لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة وقوله ولا
تخيير بين الاقل والاكثر واضح وقوله ويتضاربون بالحصص فيها اي في القيمة ويعتبر قيمته
لكل واحد في حال الجناية عليه قال في النهاية ومن صورته ما ذكر في المبسوط وقالوا اذا
قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته الف درهم ثم زادت قيمته الى الفين ثم قتل اخر خطأ ثم
اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل اخر خطأ فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على
الثاني وقيمته الفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم
الف من هذا لولي القتيل الاوسط خاصة لان ولي الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم
جنى عليه وليه وهو الف درهم فلا حق له في الالف الثانية فيسلم ذلك لولي القتيل
الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى بين ولي القتيل الاول وبين الاوسط لانه لا حق
في هذه الخمسمائة لولي القتيل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى عليه ولانه فيقسم
هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة الاف والاوسط بتسعة
الاف لانه وصل اليه من حقه الف وخمسمائة باقية بينهم جميعا يضرب فيها الاخر بعشرة
~~الاف والاوسط بتسعة الاف لانه وصل اليه من حقه الف وخمسمائة باقية بينهم~~
~~جميعا يضرب فيها الاخر بعشرة الاف~~ لانه ما وصل اليه شيء من حقه ويضرب الاول بعشرة
الاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط
لا يضرب بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك
وقوله فلا شيء عليه اي على المولى لانه ما لزمه اكثر من قيمة واحدة بجناياته وهو مجبور على
الدفع فلم يبق عليه شيء وقوله وان دفع قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى بنصف
القيمة في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه
وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه ليس بجان
في الدفع لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار
كما اذا دفع بالقضاء ولانه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضي به لو رفع اليه فيكون القضاء فيه وعدمه
سوا كما في الرجوع في الهبة ولابي حنيفة ان كل واحد من الدافع والقابض متعد اما الدافع وهو
المولى فلانه دفع حق ولي الجناية الثانية طوعا والرجوع على الجاني جائز فيتخير في الرجوع
وبين ذلك بقوله وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشاركه ولي الجناية
الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت الثانية
كالمقارنة للاولى في حق التضمين لابطاله اي لابطال المولى ما تعلق به من حق ولي الجناية
الثانية وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في حق

وكان اميرا بالشام وقضاياه تظهر بين الصحابة رض

اي قولي الجناية الثانية بالخيار

الاصح

لغير القضاء

أولياء الجنايتين سواء فيجعل كأن الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا وهناك لو دفع
إلى أحدهما القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك ههنا وقوله عملا بالشبهين يعني
لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها
وجب أن نعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة
في حق الضمان إذا دفع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني فلم يجعل كالمقارنة إذا
دفع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتأخر وقوله وإذا أعتق المولى المدبر
إلى آخره واضح والله أعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية على ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما
يرد منه وذكر حكم من يلحق به قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ذكر
في هذه المسئلة أن غصب العبد بعد أن قطع المولى يقطع
السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما بأن الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك
بآفة سماوية فيجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني وكانت السراية
مضافة إلى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وأنه استولى عليه وهذا استرداد
فيبرأ الغاصب عن الضمان واعترض الإمام قاضيخان بأن هذا يخالف مذهبنا فإن
الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بعضا أو رضي لأن السراية إنما تنقطع
به باعتبار تبدل الملك وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب ما قبله فلا قال
نص عليه في آخر رهن الجامع الصغير في الباب الثاني من جنايات الرهن لأنه إنما يضمن الغاصب
هنا قيمة العبد أقطع لأن السراية وإن تنقطع بالغصب ورد على المغصوب فإن لم يعقد سبب
الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لأن الشيء لا يرتفع بما هو فوقه
أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية تثبت
عليه حكما لا حقيقة لأن بعد الغصب لا تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت
حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فتقرر عليه الضمان وفيه نظر
لأنا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكما فإن يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يتصور
يدان حكميتان بكمالهما والبد الحقيقية واجبة الدفع لكونها عدوانا لا تصلح معارضا لما هو
مرجح وإذا غصب العبد المحجور عليه واضح وقوله مؤاخذ بأفعاله يعني في حال الرق وأما في أقواله فإن كان
فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وإن كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وإنما يؤاخذ

به بعد الحرية وقوله ومن غصب مدبرا واضح وقوله من غير أن يصير مختارا للفدا لأن المولى
لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل فصار كما إذا أعتق العبد
الجاني من غير علم بجنايته فإن فيه الأقل من قيمته ومن الأرش فكذا هذا وقوله فصار
كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب أي بسبب كان عند الغاصب كما إذا غصب عبدا
فجنى في يده ثم رده إلى المولى فجنى جناية تدفع إلى ولي الجنايتين كان للمولى أن يأخذ من
الغاصب نصف قيمته كذا هنا وقوله ويدفعه أي النصف المأخوذ من الغاصب إلى
ولي الجناية على الغاصب وهذا أي الدفع الثاني والرجوع الثاني عند أبي حنيفة وأبي
يوسف رحمهما الله وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له أي لا يدفعه إلى ولي الجناية
لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم من جهته لولي الجناية الأولى فلا يدفعه
إليه لئلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهما أن حق الأول في جميع القيمة
لأنه حين جنى في حقه فلا يزاحمه فيه أحد وإنما انتقض بمزاحمة الثاني فإذا وجد شيئا
من بدل العبد في يد المالك فارغا أخذه إتماما لحقه وإذا أخذ منه يرجع المولى بما أخذ على
الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى
فكيف يكون حق الأول في جميع القيمة والجواب أن المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا
غير فالأول متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفيرها
موجبا فلا يمتنع بلا مانع قال وإن كان جنى عند الغاصب هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة
من حيث الوضع وحكمها ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق لمحمد بينهما وبين المسئلة المتقدمة
أنه متى دفع النصف المقبوض من الغاصب إلى ولي الجناية الأولى لا يؤدي إلى الجمع بين البدل
والمبدل لأنه لما كانت الجناية الأولى عند المولى كان ما أخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع
إلى ولي الجناية الثانية دون الأولى لأن الثانية هي الموجودة عند الغاصب وإذا لم يكن بدلا عما
دفع إليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل وقوله ثم وضع يعني أن محمدا رحمه الله وضع
في الجامع الصغير هذه المسئلة في العبد بعد ما وضعها في المدبر وكلامه فيه واضح وقوله ومن
غصب مدبرا فجنى عنده جناية كذلك وقوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف يعني قال بعض
المشايخ في هذه المسئلة خلاف محمد أيضا كما في المسئلة الأولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة
على الغاصب ولا يأخذ ولي الجناية الأولى ما بقي من حقه وقيل على الاتفاق ويأخذ ولي الجناية
الأولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى إذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح
لأن محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وكذا أقره فخر الإسلام في الكتاب
لكن قوله إنما في هذه المسئلة يمكن إلى آخره فيه نظر فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد
الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أولا ثم لم يبق لولي الأولى استحقاق حتى يجعل المأخوذ من
الغاصب ثابتا في مقابلة ما أخذ وقوله ومن غصب صبيا حرا أي ذهب به بغير إذن وليه
فيكون ذكر الغصب في هذه المسئلة بطريق المشاكلة وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في
صحبته وكلامه ظاهر خلا أنه يرد على وجه الاستحسان ما إذا غصب مكاتبا ونقله إلى هذه
الأماكن وهلك فإنه لا ضمان والتعدي في التسبب فيه موجود وأجيب بأن المكاتب في يد نفسه
وإن كان صغيرا فإن قيل ما حكم الحر الكبير إذا نقل إلى هذه الأماكن تعديا فأصابه شيء من ذلك أجيب
بأن حكمه أنه ينظر إلى النقل قبل ذلك ولم يمكن التحرز عنه ضمن لأن المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع

فيه يجب الضمان على الغاصب وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم
يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافا إلى تقصيره لا إلى الغاصب فلا يضمن فكان حكم
الحر الصغير حكم الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ قال وإذا أودع صبي عبدا فقتله كلامه
ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن أودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالإجماع
وإن استهلكه الصبي فإنه ينظر إن كان الصبي مأذونا له في التجارة يضمن بالإجماع وإن
كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بإذن وليه ضمن بالإجماع وإن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان
عليه في قول أبي حنيفة ومحمد لا في الحال ولا بعد الإدراك وقال أبو يوسف يضمن في الحال
وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تقسيم
حسن وقوله وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق يتسامح فيه فخر الإسلام حيث
ذكر في الجامع الصغير هكذا وأما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الإسلام وقاضي
خان والتمرتاشي فالحكم على خلافه هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي
عاقلا وإن لم يكن عاقلا لا يضمن في قولهم جميعا وقوله وكما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي
المودع يعني أنه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع ثابتا
لثبت في حق غيره أيضا لأن المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من
أتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يد في المال إليه وقوله في يد مانعة
أي عن الإتلاف والإعارة يعني أن المودع وضع المال في يد مانعة عن الإيداع ومن فعل
ذلك لا يستحق النظر لأنه أوقع ماله في يد غيره عليه باختياره إلا إذا كان في وضعه فيها
بإقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم توجد الإقامة لأنه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي
على نفسه وكان تضييعا من جهته وقوله لا ولاية على الصبي نظر لأن إقامة غيره مقام
نفسه لا تستدعي ثبوت ولاية المقيم على المقام مقام نفسه وإلا لما استدام الوديعة ويمكن
أن يجاب بأنا قد ذكرنا أنه لو كان الإيداع من الصبي تسليطا له على الإتلاف لضمن
الأب مال الوديعة بتسليمه إلى ابنه الصغير ليحفظ لأن التسليم إليه تضييع على هذا
التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فكأنه قال إقامة غيره مقام نفسه
يستلزم إما ولاية المقيم على من أقام مقامه كما في هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه
كما في سائر صور الودائع ولم يوجد شيء من ذلك في إيداع على الصبي وقوله لأن عصمته لحقه
أي لحق العبد يعني باعتبار أن المالك بعضه لأن عصمة المالك إنما يعتبر في ماله ولاية
الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا
يحوله تمكين غيره من استهلاكه بالتسليط ولو نقض بما إذا أودع الصبي شاة فذبحها فإنه
لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب أن كلامنا
فيما لا يملك إتلافه من حيث كونه أجنبيا والشاة ليست كذلك وإنما لا يملك ذبحها لأنه
~~لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب أن كلامنا~~
~~فيما لا يملك إتلافه من حيث كونه أجنبيا والشاة ليست كذلك وإنما لا يملك ذبحها من~~
حيث إنه تضييع فكان كالتسبيب وقوله لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي
وقع في يده المال دون غيره يعني أن المالك بالإيداع عند الصبي إنما أسقط عصمة ماله
عن الصبي لا عن غيره ومآله معصوم في حق غيره كما كان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب القسامة

لما كان أمر القتيل في بعض الأحوال يؤول إلى القسامة ذكرها في آخر الديات في باب على حدة
وهي في اللغة اسم وضع موضع الإقسام وفي الشرع أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها
قتيل به أثر يقول كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل فيما ذكرنا
وركنها إجراء اليمين المذكورة على لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر
القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية إن حلفوا والحبس إلى
الحلف إن أبوا إن ادعى الولي العمد والدية عند النكول إن ادعى الخطأ ومحاسنها تعظيم خطر
الدماء وصيانتها عن الإهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الأحاديث
المذكورة على ما سيأتي وقوله يتخيرهم الولي أي يختار من القوم من يحلفهم وقوله بالله ما قتلناه
أي على طريق الحكاية عن الجميع وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا يحلف
بالله ما قتلناه لجواز أنه باشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين ما قتلناه وقوله وإن لم يكن
الظاهر شاهدا له فمذهبه أي مذهب الشافعي كمذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين وقوله
ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر كما في سائر الدعاوى فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه
لأن الأصل براءة ذمته فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فيكون اليمين
له حجة وبقية كلامه واضح وقوله لأنه يمين وليس بشهادة رد بعض العلماء منهما لأن
اللعان شهادة والأعمى والمحدود في القذف ليسا من أهل أدائها وقوله وإذا حلفوا قضي على
أهل المحلة أي على عاقلة أهل المحلة بالدية في ثلاث سنين وقوله تبرئكم اليهود بأيمانها وقصته
أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا في التجارة إلى خيبر
وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من خيبر يتشحط في دمه فجاؤوا
إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يتكلم فقال
صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم أحدهما حويصة أو محيصة وهو الأكبر منهما وأخبر بذلك
فقال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود قال صلى الله عليه وسلم تبرئكم اليهود بأيمانها
فقالوا لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه فقال صلى الله عليه وسلم أتحلفون
وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على أمر ما عاينا ولم نشاهد فكره رسول الله صلى
الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة من إبل الصدقة واستدل الشافعي بقوله صلى الله
عليه وسلم تبرئكم اليهود بأيمانها على أنه لا دية بعد الحلف وإلا لما كان فيه براءة وراحة فيه
من هلكة وقوله كذا أطلق الجواب في الكتاب أي في كتاب القدوري أشار به إلى ما ذكر
بقوله وإذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الخ وهكذا الجواب
في المبسوط يعني أوجب القسامة والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه وقوله على

اختلاف مضى في كتاب الدعوى بين ابي حنيفة وصاحبيه حيث قال ومن ادعى قصاصا
على غيره فجحد استحلف بالاجماع الى اخره قال وان لم يكمل اهل المحلة خمسين واما البد اي البدن
واهل اللغة يقولون وافاه ولم يذكر الانف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر الغم مطلقا وقد قيل
اذا صعد من جوفه الى فيه واما اذا نزل من راسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل ذكره فخر
الاسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر وقوله ولانا لو اعتبرناه تجتمع فيه القسامتان والديتان
ونحن في بعض النسخ بتكرر وذلك لانه اذا وجب بالاكثر اذا وجد وكذلك لو وجب
بالنصف الاخر تتكرر القسامتان والديتان عقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي
ان تجب القسامة اذا وجد الراس لانه يعبر به عن جميع البدن اجيب بان ذلك بطريق المجاز
والمعتبر هو الحقيقة ولانه لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الاولى فيلزم التكرار وقيل كان ينبغي
ان يقول بتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا
وثبوت الدية مكررا وتارة التثنية يستلزم ان يكون اكثر من القسامتين والديتين ويجوز ان
يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين بتكرار في خمسين نفسا وقوله والمعنى
ما اشرنا اليه يريد به التكرار المذكور وعدمه وقوله لان الظاهر تام الخلق ينفصل حيا
اعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في الصبي وذكره
ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها واجيب عنه بانه انما
لم يجب في الاطراف قبل ان تعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف تسلك بها مسلك الاموال
ولشرفها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاصا او دية بخلاف الجنين
فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة
والدية تعظيما للنفس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من كان
تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا انفصل ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شي لانه كالذي لا يبوئ كان
الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شي كذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السوال
وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا
يكون فيما هو اعظم خطرا اولى والصواب ان يقال الظاهر ههنا ايضا اعتبر دافعا لما عسى يدعي
القائل عدم حياته واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم
اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته
السائق دون اهل المحلة سواء كان في داره فان اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم
لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في داره وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا
وجد القتيل في الدار فان الدية ههنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكا او لم يكونوا
وهناك على المالك لا على السكان واجيب اولا بانا لا نسلم ان الدية لا تجب على مالك الدابة بل
تجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول
القائد او السائق او الراكب واما اذا كان لها مالك معروف فانها تجب عليه وثانيا وهو
المفهوم من اطلاق جواب الكتاب ان القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية على
عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف او لم يكن والفرق ان الغرم في هذا الباب للراي
والتصرف والتدبير وذلك في الدار للمالك لانه لا ينقطع عنها بالاجارة واما في الدابة فالتصرف
والراي والتدبير الى من بيده الدابة لزوال المالك عنها بالاجارة وبالانفلات فيكون القسامة

الذي

الذي في يده الدابة وقوله وادعة واوجب قتيلا من جعلان وما بعده ظاهر وقوله ولا يدخل
السكان في القسامة مع الملاك يشير الى اختلاط السكان بالملاك وقوله وهو قول محمد يشير
الى ان محمدا ليس في هذا القول باصيل فانه ذكره في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين ابي حنيفة
وابي يوسف فقال قول محمد مضطرب وقال ابو يوسف يعني اخرا وكان قوله اولا كقولهما وما
بعده ظاهر وقوله وهو على اهل الخطة دون المشترين الخطة المكان المختط لبناء دار وغيرها من
العمارات ومعناه على اصحاب الاملاك القديمة الذين ملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها
بين الغانمين فانه يخط خطة والدية على عاقلتهم وقوله وقيل ان ابا حنيفة رحمه الله بنى على
ذلك ما شاهدنا بالكوفة يعني من ان اصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا
يشاركهم المشترون في ذلك وتجوز فيه بلوح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه
لو وجد قتيل في دار بين مشتر وذي خطة فانهما متساويان في القسامة والدية بالاجماع والمحلة
فرقا فاوجبا القسامة على اهل الخطة دون المشترين مع ان كل واحد منهم لو انفرد كانت القسامة
عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك ان في العرف ان المشترين فيما يرجعون اهل الخطة في
التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فانه في عمارة ما استويا في الدار لكونهما
مشتركا بينهما فكذلك في القيام بحفظ الدار وقوله لما بينا اشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص
وقوله ولانه اصيل والمشتري دخيل وقوله لان الولاية انتقلت اليهم يعني اذا وجد القتيل في دار
فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احديهما تجب على صاحب
الدار وفي الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما ترى من التدافع بين قوله قبل هذا ان وجد
القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه
يحمل ذلك على رواية وعلى هذا اخرى وحكي عن الكرخي انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية
التي توجب على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجب على قومه
محمولة على ما اذا كانوا حضورا ويوافقه رواية فتاوى العتابي وما بعده ظاهر قال ومن
اشترى دارا اجمعوا على ان وجوب الضمان عند وجود القتيل بولاية الحفظ لانه ضمان ترك
الحفظ ثم اختلفوا فقال ابو حنيفة ولاية الحفظ باليد والملك سببها وقالا لا ولاية الحفظ مستفاد
بالملك فاذا وجدنا واحدا ارتفع الخلاف واذا كان لاحدهما الملك وللاخر اليد كان اعتبار اليد
عنده اولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا
فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فاما ان يكون البيع باتا او فيه الخيار فان كان الاول فهو اي
المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة الذي هي في يده عند ابي حنيفة
وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي تصير له ودليلهما واضح
وقوله ولهذا اي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب
الدار دون المودع لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل ابي حنيفة واضح وفي بعض النسخ وعن
يفصل الوديعة ليستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه قال لان القدرة على الحفظ باليد
اطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل وكاملها في اليد ما كان اصالة ويد المودع ليست كذلك
وكذلك المستعير والمستاجر قيل ما الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين الجناية وصدقة الفطر
فانه يعتبر الملك في الثانية دون الاولى والجواب ان صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت
على المالك والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل

قال ومن كان له في يده دار فوجد فيها قتيل تعقله العاقلة يعني اذا انكرت العاقلة كون
الدار لصاحب اليد وقالوا انها وديعة او مستعارة او مستاجرة حتى يشهد الشهود انها الذي في
يده ولا يختلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي
حنيفة لليد لان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة على ما تقدم والعاقلة تنكر
ذلك والباقي واضح وقوله والفلك اي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها من الراكب
يشمل اربابها اي ملاكها وغير ملاكها وقوله وهذا اي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة
على ما روي عن ابي يوسف ان السكان يدخل في القسامة مع الملاك ظاهر واما على قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال وان وجد
في مسجد محلة ... واضح سوى الالفاظ نذكرها قوله فعند ابي يوسف يجب على السكان اي
سواء كان السكان ملاكا او غير ملاك وقوله كالشوارع العامة التي بنيت فيها ... بيت المال
قال في النهاية وانما اراد به ان يكون نائيا عن المحال اما الاسواق التي تكون في المحال التي
يحفظ اهل المحلة تكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا في السوق النائي اذا كان من يسكنها
في الليالي وكان له فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع
فهو متصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله قد بيناه يعني في مسئلة وان مرت دابة
بين قريتين وعليها قتيل وقوله وان وجد في وسط الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات
بذلك وكذلك ذكر الوسط للتخصيص لان الماء ما دام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا
هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لانه اذا كان كذلك فيحتمل ان يكون هذا قتيل دار الشرك
واما اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام فتجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث
الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث او مكان آخر دون ذلك هو قتيل المسلمين
فتجب الدية في بيت المال وقوله على التفسير الذي تقدم اراد به قوله قيل هذا محمول على ما اذا كان
بحيث يبلغ اهله الصوت وقوله لم تسقط القسامة عنهم يعني والدية عن عاقلتهم وقوله وقد ذكرنا
يعني المذكور في بعض النسخ وقوله ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه الى آخره وقوله وقد
بيناه من قبل يريد به قوله هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وقوله فاجلوا
عن قتيل اي انكشفوا عنه بعد قتال وقوله لان القتيل بين اظهرهم اي يوجد بين اظهرهم يعني بينهم والظهر
والاظهر يجريان مجرى ... كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى اي ... عن غنى فان
قيل الظاهر ان قاتله من غير اهل المحلة وانه من خصمائهم اجيب بانه قد تعذر الوقوف على قاتله
حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم وقوله لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق
اي الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه اي في اول باب القسامة واوله
قوله صلى الله عليه وسلم لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي
واليمين على من انكر لا يقال الظاهر انه شهد لما علمت ... ان الظاهر لا يصلح للاستحقاق
وقوله وان وجد في خباء او في فسطاط الخباء الخيمة العظيمة فكان اعظم من الخباء وقوله
فعلى قرب الاخبية قيل هذا اذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فالدية
والقسامة عليهم وقوله وان كان القوم لقوا قتالا ... بكون حالا اي معا تلقى ويجوز ان
يكون مفعولا مطلقا لان لقوا في معنى المقاتلة وان يكون مفعولا له اي للقتال اذا كان
بين المسلمين والمشركين في دار الاسلام ولا يدري القاتل من ايهما ترجح احتمال قتل المشركين

حلا

حملا لامر المسلمين على الصلاح في انهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين
واما في المسلمين فمن الطرفين فليس حمله على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي
حال القتل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم
عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله
وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه اشارة الى قوله ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة وقوله
وكذا كتابه اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة
وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف
بالله يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان لان غاية ما في الباب انه استثنى عن يمينه حيث
قال قتله فلان وهل الاستثناء يحتمل ان يكون المقر شريكه في القتل او يكون غيره شريكا معه فاذا
كان كذلك يحلف على انه ما قتله ولا نعرف له قاتلا غير فلان قال واذا شهد اثنان من اهل
المحلة اذا ادعى الولي على رجل من غير اهل المحلة وشهد شاهدان من اهل المحلة عليه انه قتله
قال ابو حنيفة لا تقبل شهادتهما وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصما وقد بطلت
بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابي
حنيفة انهم جعلوا خصما تقديرا للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل
شهادتهم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها اما ببلوغ الغلام او بعزل القاضي وقوله
وعلى الاصلين هذين يعني الخصلتين احدهما ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من
كونه خصما لا تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كان
لرجل عرضية ان يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالاجماع وابو حنيفة
رحمه الله جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم خصما في هذه الحادثة بوجود القتيل بين اظهرهم
فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال العبد رضي الله عنه وانا اغير حكم الدية لوجود القتيل
بين اظهرهم وبدعوى الولي القتل على اهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك
عن كونهم خصما وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا
ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس اما
على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم خاصم
او لم يخاصم كما مر واما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء بعد ما
يبطلان الشفعة تقبل شهادتهما لانهما بعرضية ان يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها
وقوله ولو ادعى ظاهر وقوله على ما بيناه اشارة الى ما ذكر في مسئلة وان ادعى الولي على واحد من
اهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم
فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر وقوله ومن جرح في قبيلة يعني ولم يعلم الجارح لانه لو علم
سقط القسامة بل فيه القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطأ فاذا
لم يعلم الجارح فاما ان يصير صاحب فراش حتى جرح او يكون صحيحا حين يجيء ويذهب
فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة
عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف لا شيء عليه وهو مذهب ابن ابي ليلى وجه قول
ابي يوسف ظاهر ووجه قول ابي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب
القصاص واعترض عليه بانه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش ثم

شرى فمات وجب القصاص واجيب بان القسامة والدية وردتا في قتيل في محلة ولم يعلم
له قاتل بالنص على خلاف القياس فراعينا ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جارحه اذا كان
صاحب فراش قتيل شرعا لانه صار مريضا مرض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كانه
مات حين جرح فوجب الدية والقسامة واما اذا كان صحيحا يذهب ويجيء فهو في حكم التصرفات
لم يجعل كالميت من حين جرح وكذلك في الدية والقسامة قوله ولو ان انسانا معه جريح الى اخره
حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى اهله ولهذا قال في اخره وقد ذكرنا وجه القولين
فيما قبله من مسئلة القبيلة وقوله ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه اعلم ان المصنف قال فديته
على عاقلة لورثته عند ابي حنيفة ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على
عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت
اما ان يكون عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما
كان كل واحد منهما ممكنا اشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني
يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته وما ذكر في الكتاب من وجه
المسئلة للجانبين ظاهر واعترض على وجه ابي حنيفة رحمه الله بان الدية اذا وجبت على عاقلة
الورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم واجيب بانها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه
وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية على
عاقلته ويكون ميراثا له ثم اعلم بانه رحمه الله صنع مثل ذلك في ذكر الدية في الحكم والقسامة
في دليل ابي حنيفة اشارة الى ان القسامة واجبة عليهم بوجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ
فان القسامة لم تذكر في الاصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول ابي حنيفة فمنهم
من قال لا تجب لانها تختص بمن يعلم حال القتل والشريعة ما من يعلمه فلا يلزم القسامة ومنهم من
قال تجب لجواز ان يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون تهمة من يعلم حاله
واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية
وما لا لطفه مخترل بل الله ذلك ولما اشتهر ورود مسئلة المكاتب اذا وجد قتيلا في داره
كالنقض على ما ذكر اشار الى الجواب بقوله لان حال ظهوره الى اخره يعني انما صار
دم المكاتب هدرا لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا
مات عن وفاء بل يقضى به ما عليه واذا كان الدار على حكم ملكه جعل قتيل نفسه ومن
قتل نفسه كان دمه هدرا بخلاف الحر فانه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية
الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه
القسامة والدية وقوله ولو ان رجلين كانا في بيت ظاهر ومعهم ثالث اذا وجد قتيل في محلة
يعني ان توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا قوله وقال المتاخرون اي
من مشايخنا رحمهم الله تعالى ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة بناء
على انها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعاقل وانما دخلت في هذه الصورة لانها
نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل ايضا
بخلاف غير هذه الصورة فانها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا
تدخل في العقل ايضا وقوله رضي الله عنه لانه احق بنصرة ارضه لان الحفظ والتدبير في الارض
الى صاحب الارض لا الى اهل القرية والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المآب

او بغيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة ثم

وانما وجبت للورثة

كتاب المعاقلة

المعاقل

لما كان من موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها بذكرها
واحكامها في هذا الكتاب وقال المعاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله
وكل دية وجبت بنفس القتل يعني ابتداء فان ما يجب
منها بسبب الصلح والاب فهي في مال القاتل لا على العاقلة وقوله وقد ذكرناه يعني الدية
بنا وبدل العقل وقوله وكذا الذي تولد من شبه العمد وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله
وقوله وفي ايجاب ما اعظم اجحاف فسر الاجحاف بقوله واستئصاله وقوله انما قصر يعني
ان القاتل انما قصر لحالة الرمي في التثبت والتوقف وقوله وتلك اي القوة وقوله
كتبت اساميهم في الديوان الجريدة من دون الكتب اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة
ويروى ان عمر رضي الله عنه اول من دون الدواوين اي رتب الجرائد للولاة والقضاة
ويقال فلان من اهل الديوان اي ممن اثبت اسمه في الجريدة وقوله من عطاياهم العطاء
اسم ما يعطى والجمع اعطية والعطايا جمع عطية وهي بمعنى العطاء وقوله وذلك ليس بنسخ
بل هو تقرير معنى جواب عن قول الشافعي رضي الله عنه ولا نسخ بعده وقوله وذلك ليس
~~بل هو تقرير معنى جواب عن قول الشافعي رضي الله عنه ولا نسخ بعده وقوله بالحلف~~
بكسر الحاء العهد بين القوم ومنه قوله تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة وقوله
والولاء اي ولاء العتاقة وقوله والعد هو من العديد وهو ان يعد فيهم يقال فلان عديد
بني فلان اذا اعد فيهم وقوله فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث سنين او اقل
مثل ان يخرج عطاياهم الثلث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت
عطاياهم الثلث في سنة واحدة اخذ منهم الدية فيها وقوله لحصول المقصود يعني ان المقصود
ان يكون الماخوذ من الاعطية وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت في اكثر من ثلاث
سنين او في اقل منها وقوله وتاويله اي تاويل كلام القدوري فانه اطلق ذكر السنين وانما
يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد بالثلاث سنين
سنين في المستقبل فلا بد من التاويل وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب
بالقضاء وقوله واذا كان جميع الدية واضح وقوله ولنا ان القياس يأباه اي القياس يأبى
ايجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يستحسنه لان القياس من حجج الشرع وهو لا يمكننا نقض
الشرع ورده اي بايجاب المال مؤجلا في الخطأ فلا يتعداه فان قيل هذا القياس في معنى
الخطأ فيلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء واما من
جميع الوجوه فغير ملتزمة وكون التاجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها وقوله لان الواجب

المعقلة بضم القاف الدية مصحح

عطفة تفسير

والاستئصال والتدمر

مجموعة

حكمة

كتاب

المثلي صح

الاصلي المثل لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس لا انه اذا رفع
الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة
بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته اي من وقت القضاء كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب
بقضاء القاضي وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول
الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن
المغرور شيئا وهذا هو الموعود من قبل بقوله لان الوجوب بالقضاء على ما بين وقوله
وهذا اي قول القدوري لا يزاد الواحد على اربعة دراهم كل سنة وينقص منها اشارة الى انه
يجوز ان يزاد على اربعة من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ في
كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وقوله وهو الاصح احتراز عما ذهب اليه بعض
مشايخنا مما فهم من اشارة كلام القدوري ذكره في المبسوط وقال وذلك غلط وقوله ضم اليهم
اقرب القبائل معناه نسبا قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العرب لان العرب حفظت
انسابهم فامكن ايجاب العقل على اقرب القبائل من القاتل نسبا فبعد ذلك اختلف
المشايخ فقال بعضهم يعتبر الحالات والعري الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في
مال الجاني وقوله فيستوي بين الكل يعني الاباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على
سبيل المواساة وقوله ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق وقد فرق بين العطية
والرزق ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا
مقاتلة والباقي ظاهر وقوله وادخل القاتل مع العاقلة يعني اذا كان القاتل من اهل الديوان
اما اذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا ايضا لا يجب عند الشافعي وقوله وليس على النساء
والذرية ممن كان له حظ كلامه واضح وقوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شيء
عليهما من الدية قيل انه تناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل المعاقل اذا وجد القتيل
في دار امراة حيث ادخلها المتاخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض
المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تعد قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا
لم يجب على المراة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا اولى
لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة
عندنا لا استقرار وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم
الدية فان قلت هذا الجواب يبتني على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبيل هذا
ولا قسامة على صبي الى ان قال ولا امراة ولا عبد وقال ههنا ولو وجد قتيل في قرية لامراة فعند
ابي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض بين فالجواب ان ذلك مذكور في
سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان معناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من
الصبي والمراة والعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة واليمين على اهلها واما ههنا فالقتيل
وجد في قريتها فتجب عليها نفيا لتهمة القتل فانها تتحقق منها ويتبين من هذا ان القسامة
اذا وجبت على جماعة تعلق بالنصرة فمن كان اهلا لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والمراة والعبد
واذا وجبت على واحد تعلق بتهمة القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل
المراة وقوله في الفرض لها من العطاء جواب عما يقال فرض الامام لنساء الغزاة وذراريهم من العطاء
والعطاء انما يدفع لمن هو اهل النصرة اهل الاسلام كما في الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النساء ومحمد

حق صح — حماية سا

ثم اذا اخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلثة او اربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة او اثنا عشر وليس كذلك فان محمدا نص على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية صح

في الديوان عقل صح — او على قوم

ما قاله الدفع اليمين باعتبار المعونة اي معونة الامام لهما لا باعتبار نصرتهما غيرهما وقوله
واهل البادية اقرب اليه يعني نسبا وقوله وقيل هو الصحيح الضمير راجع الى قوله لم يشترط ان يكون
بينه وبين اهل الديوان قرابة وقوله من اهل المصر بيان لقوله اهل الديوان اي اهل الديوان
الذين هم من اهل المصر وقوله وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة يعني ان للولي الابعد ان
يزوج اذا كان الاقرب غائبا وقوله لاحتياج للمعاني العامة كحد السرقة والقذف والقصاص ووجوب
الدية وقوله فالدية في ماله في ثلاث سنين اي لا على بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل غير
موجودة بين الذمي والمسلمين لانقطاع حكم الولاية بينهما بخلاف المسلم فان ديته على بيت المال
اذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجيء وقوله وتمكنه من هذا العقل لان نصرتهم اي لان سبب
نصرة اهل الاسلام اياه وقوله لعدم التناصر يعني التعاقل على الموالاة وذلك ينعدم عند اختلاف
الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وقوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم ظاهر
الا انا نذكرها قوله وكما قلنا في اهل الكوفة الوارثي الحالة وقوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق
بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه ولا يقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي
قضى بديته على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم
اليهم اقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين
وقت القضاء الى اقرب القبائل ~~في النسب وان كان بعد~~ وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في
النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير
الحكم الاول لا ابطاله وقوله ولكن يقضي ذلك اي الابل من مال العطاء بان يشتري الابل من مال
العطاء قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه كلامه واضح وقوله ولا تعقل العاقلة اقل من نصف
عشر الدية لان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر ارشه فيما دون النفس كضمان الاموال اذا كانت
الجناية فيما دون النفس فيحملها العاقلة وان كان اقل من نصف العشر لا ترى ان القتيلة اذا كانت
مائة كانت الدية على وان كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لانها بدل النفس وكذلك من قتل
عبدا قيمته مائة او خمسون درهما فانه يتحمله العاقلة لانه يتحمل بدل النفس ثابتة بعلة النص فلا يعتبر
للتحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في المحل لا النفس ولا علته فيجب في ماله وقوله ولا عمدا
قال ابو حنيفة عقيب الاختلاف في تاويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا
فقال محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده
انما جنايته في رقبته ان يدفعه او يفديه ثم قال وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابن ابي
ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه يقتله حر او يجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء
عنه في ماله خاصة قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى قول ابن ابي ليلى على كلام
العرب ولا يرى قول ابي حنيفة جائزا يذهب الى انه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل
العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت
القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف
القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته
يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله
ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعبد وصلح واعتراف وعلى هذا فقوله بعد
هذا ولا يعقل العاقلة جناية العبد اضافة المصدر الى فاعله واما اذا جنى الحر على العبد فقتله

القاضية سا

ليس بسبب سا

عطائه — وقوله لكن حصة القاتل يؤخذ من عطائه بالبصرة يعني وان كان بعد القضاء

بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت

مولاه صح

او يفديه

القول فيه

ديته

خطأ كانت على العاقلة وقوله ولا اقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان في
الاقرار تجب الدية في ثلاث سنين وفي الصلح عن العمد تجب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح
فيكون مؤجلا وقوله فيفي الثابت بالاقرار ولا يزيد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان
الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا اولى وقوله
وتصادقهما حجة على نفسه وقوله بخلاف الاول لان ذلك قوله في الاقرار والصلح لا يلزمان
العاقلة فيفهم من هذا انه يلزم موجب الاقرار في مال المقر لانهما لما تصادقا ذلهما
بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقر وقوله فان قيل لما كان اصل الوجوب عليه وقد
تحول بزعمه الى عاقلته بقضاء القاضي فاذا قضى على العاقلة يحكم دينا كالدين المحول في ذمة المحال
اجيب بان هذا يستقيم فيما كان اصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه
صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فبعدما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول
اليه بحال شغل ذمته عن العاقلة اول يشغف وقوله وقد مر من قبل اي في اول فصل
بعد باب جناية المملوك وقوله قال اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية
في بيت المال يعني اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم اهل النصرة
والنصرة بالولاية وهي منقطعة بيننا وبينهم والباقي ظاهر وقوله ثم ادت الكتابة
اي فان احتيج يرجع قوم الام على الاب وقوله والاصل انه يحكم عليه ان يقال الحال القاتل
اذا تبدل الحكم فان انتقل ولا الى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى وقضي بها القاضي
اولم يقض كالمولود بين حرة وعبد اذا جنى ثم اعتق الاب لا يتحول الجناية عن عاقلة الام
لان ها هنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالي الاب كالغلام اذا حفر بيرا قبل ان
يعتق ابوه ثم سقط في البير رجل بعدما اعتق ابوه فان القاضي يقضي بالدية على عاقلة الام ولا يجعل
على عاقلة الاب من ذلك شي لان الحادث بعد الحفر ولا العتاقة فيعتبر بالملك والحفر لو وجد في ملكه
ثم حدث في ملك آخر للغير قبل الوقوع فان الجناية لا يتحول الى الملك الحادث بل يبقى في الملك الذي
وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بيرا في طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل ان يقع فيه انسان
باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان فمات فالضمان على البائع لا على المشتري لان ملك المشتري
حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر بمنزلته فلا يحول الجناية وان ظهرت حالة خفية
مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها اولم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب
وكما اذا مات المكاتب عن ولد حر وفاء لم يؤد مكاتبته وهو من امراة حرة مولاة لبني تميم والمكاتب
من همدان فجعل عنه جنايته قوم امه ثم اديت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما ادوا على عاقلة
الاب لانه عتق المكاتب عند اداء البدل يستند الى حال حياته فتبين انه كان للولد ولاء من جانب
الاب حين جنى وان موجب جنايته على موالي ابيه فلذلك يرجعون على موالي الاب ولو لم يختلف
حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكره في الكتاب في صورة
تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان
اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده كما اذا ثلث العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد اخذ البعض
منهم ضم اليهم اقرب القبائل نسبا وقد تقدم وقوله رحمه الله تعالى ورضي عنه الا في نقض
سبق الى آخره استثناء من قوله اشتركوا يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين ادوا
قبل ضم اقرب القبائل اليهم والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

في حقهما لان احد المتصادقين ولي القتيل ومن زعمه ان الدية انما وجبت لا على المقر باقراره
بحجة صح

كتاب

كتاب الوصايا باب في صفة

الوصية وما يجوز من ذلك وما يستحب وما يكون رجوعا

ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الآدمي
في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص
بكتاب الجنايات والديات لما ان الجناية قد تفضي الى الموت الذي هو
وقت الوصية والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمي الموصى به وصية وهي في الشريعة تمليك مضاف
اليما بعد الموت بطريق التبرع وسببها سبب التبرعات وشرائطها كون الموصي اهلا
للتبرع ولا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يولد واجنبيا عن
الميراث وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئا قابلا للتمليك من الغير
بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون بمقدار
الثلث وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها
واما حكم الوصية ففي حق الموصى له ان يكون الموصى به ملكا جديدا له كما بالهبة
وفي حق الموصي اقامة الموصى له فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث وصفتها ما ذكره
بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فقوله غير واجبة رد لقول من يقول ان
الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة
على كل احد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك
خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يكن للاستحباب
من نفي الوجوب قال وهي مستحبة والقياس يابي جوازها لانه تمليك مضاف الى حال
زوال الملكية ولو اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا
استحسناه لحاجة الناس اليها الى آخر ما ذكره في الكتاب وقوله في الاجارة بيناه في انها
~~عقد يابى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال الملكية ولو اضافه الى حال قيام القياس جوازها~~
لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وجوازها للاستحسان لحاجة الناس وقوله وقد تبقي
المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس وقوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى
من بعد وصية يوصي بها او دين الى آخر ما ذكرنا من وجه الاستحسان وقد استدل ابو
بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الآية بهذه وقد ذكر الامام

ملكتك غدا اسا

ومثله صح

الناس

الاثم

جواز الاجارة

فخر الاسلام في اصوله وقررناه في التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية
نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية
باقية مع الميراث لرتبه هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض
لان المحل يحل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل ان الوصية المفروضة
لم تبق لازمة بل بعد اي وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية
المفروضة واذا نسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكر الامام فخر الاسلام وجها آخر وقد قررناه
في التقرير واستدل له بالسنة بما هو قوله اي وعلى جواز الوصية اجماع الامة وقوله
لما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم يملك اموالكم من غير تقييد باجازة وقوله
وتبين ما هو الافضل فيه اي في فعل الوصية او في قدر الوصية لا يجوز بما زاد على الثلث
لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن ابي وقاص وهو ما روى محمد بن الحسن في كتاب
الآثار قال اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا عطاء بن السائب عن ابيه عن سعد بن ابي وقاص قال
دخل النبي صلى الله عليه وسلم يعودني فقلت يا رسول الله اوصي بمالي كله قال لا قلت فالنصف
قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير لا تدع اهلك يتكففون الناس وفي صحيح
البخاري انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وقوله وهذا
لانه ظاهر والضمير اليه يرجع فقوله لم يظهر واظهر الاستغناء وقوله بحرز اعما يتفق من
المال اي احترازا عما يوجد من تأذي البعض وقطيعة الرحم بسبب ايثار البعض على
البعض على ما بينه عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الحيف في
الوصية روي بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروي الجنف بالجيم والنون المفتوحتين
وهو الميل وقوله الا ان يجيز الورثة استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث وقوله
لان الساقط متلاش رد لدليل زفر فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم
في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية
فكان لهم ان يردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حياة المورث فان قيل لا نسلم عدم مصادفة
المحل فان حق الورثة يثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التبرع في الثلثين
فلما مات ظهر انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد
اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في
حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكثبوت الملك في الغصب
عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى اول العقد والغصب فهذا
يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها
الاستناد وقوله ولان الحقيقة دليل آخر وتقريره حقيقة الملك للوارث يثبت عند الموت
لا قبله وانما يثبت قبله مجرد حق الملك فلو استند حكمه الى اول المرض من كل وجه لانقلب
الحق حقيقة وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من
كل وجه دفعا لوهم من يقول لحق الوارث يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع من ذلك
التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق ما لم يلم بالاجازة ايضا
ووجه ذلك انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في حقه ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو
لا يجوز فان قيل الوارث اذا عفى عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد

امرين اما ان لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا
القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق
بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل
بالموت فقبل الاتصال لا ينقلب الحق حقيقة ووقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين امرين اما
ان نبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما ان نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق
وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا
الى وجود الحقيقة ولم ينعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله والرضي ببطلان الحق لا يكون رضا
ببطلان الحقيقة جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الاسقاطات
وفيه لا رجوع فكذلك فيها ووجهه انه قد عرف ان ثمة حقا وحقيقة وانما رضي ببطلان الحق
لا ببطلان الحقيقة لان الرضي ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله
وكذا ان كانت الوصية للوارث ظاهر وقوله وكلما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي
ذكره تفريعا على مسألة القدوري وجه قول الشافعي رحمه الله ان تنفيذ الموصي ما زاد على الثلث
من المال مملوك للوارث لان الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون
اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا يتم الا بالقبض ولنا ان الموصي صدر منه السبب
وكل من صدر منه السبب ثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملكه من الموصي وقوله
والاجازة رفع المانع جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعني ان الاجازة ليست سببا
للخروج عن الملك وانما هو رفع المانع وقوله وليس من شرط القبض رد لكونها هبة فكانه يقول
لو كان هبة لكان شرطا وهو ممنوع وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن في كون السبب
صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله واجازة المرتهن رفع المانع وعورض بان
الوارث ان اجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مالكا فيكون
التمليك من جهته واجيب بان الوارث كان له حق اسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية
معتبر من الثلث وان لم يكن تمليكا كالعتق والعاقبة تظهر فيما اذا اجاز في مشاع يحتمل القسمة
فان الاجازة صحيحة ويصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها
عندنا ولو كان التمليك من جهة الوارث لانعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة
قال ولا تجوز للقاتل الوصية بمباشرة القتل عامدا كان او خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية
للقاتل ولانه استعجل فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ورد بان الاثر لا يستلزم بطلان
الوصية كما في الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب ...
الورثة مقاسمة قاتل ابيهم في تركته والموصى له يشاركهم في هذا المعنى فجاز القياس عليه
والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التفصي عن عهدة كونه قياسا
على طريقتنا عسير جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل وقال الشافعي رحمه الله تجوز الوصية للقاتل
مطلقا لانه اجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره ولهذا الخلاف بيننا وبينه اذا اوصى لرجل ثم
انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين يعني فيما كان القتل
قبل الوصية او بعدها ما تلونا يعني من الحديث فانه باطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية
وتأخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بان ذلك صحيح اذا كان القتل بعد الوصية واما
اذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة واجيب بجعل الجارح مستعجلا اذ لو ان تقدم جرحه على الوصية ملاذكر

ولو اجاز البعض ... يجوز على المجيز بقدر حصته ... ان يوصي المسلم للكافر

ولنا ان يعقل ظاهر قوله ويجوز وصية المسلم للكافر الذمي وعكسه جائز فاما الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم الاية نفى النهي عن البر والوصية لهم بر اليهم وكانت غير منهية واما الثاني فلما ذكر في الكتاب واما الوصية لاهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة وقالوا في شروح الجامع الصغير انه ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل ثبت الملك واما وصية الحربي لعلمنا دخل دارنا بامان فهي جائزة لانه لا ولاية له في تمليك ماله في حياته فكذا بعد وفاته خلافا انه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لانه مفضوض عن الابطال وورثة الحربي ليس كذلك قال وقبول الوصية بعد الموت على ما ذكر في الكتاب ظاهر والقبول اشترط لصحة الوصية وانما هو شرط ثبوت الملك والوصية تشبه بالميراث من حيث انها خلافة بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تمليك الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له فقلنا لا يحتمل بعد وما اعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعد موت عن قبض عملا بالشبهين بعد الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول بعقد ذكر في الكتاب ان الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا او قبلوا في الاستحسان وقوله ويستحب ان يوصي الانسان واضح وحاصله ان التقليل في الوصية افضل واليه الاشارة في قوله صلى الله عليه وسلم ان تدع عيالك الحديث ومعناه وركبك اقرب اليك من الاجانب فترك المال خير من الوصية وهو مروي عن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما قالا لان يوصي بالخمس احب الينا من ان يوصي بالربع ولان يوصي بالربع احب الينا من ان يوصي بالثلث والكاشح العدو الذي يضمر العداوة وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة وطوى كشحه وانما جعل هذا الصدقة افضل لان في الصدقة عليه مخالفة النفس وقهرها قال والموصى به يملك بالقبول واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبل هذا وقوله ولا يرد الموصى له بالعيب صورته ان يشتري المريض شيئا ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بايعه ولا يرد عليه بعيب صورته ان يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين جميعا كما في الوارث وقوله ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله الا يعود على موضوعه بالنقض لكون الا تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو اثبتنا الملك له بلا تحولها لا يتصرف فانه لو اوصى له بعبد اعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة نعوذ بالله وامثال ذلك كثيرة وقوله الا في مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله لان الدين مقدم على الوصية يعني في الحكم وان قيل هذا التقديم مخالف لنظم الكتاب وقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرائض قال ولا تصح وصية الصبي كلامه واضح وقوله ولو لم ينفذ يسعي على غيره يعني اذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ولو لم ينفذ بقي ماله على ورثته فكانت الوصية اولى وقوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعني كان بالغا لم يمض بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا كتسمية الشيء باسم ما كان عليه او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه ورد بانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التاويل بحمله بكونه يافعا مجازا او يكون الوصية في التجهيز وامر الدفن واجيب بانه قوله كان غلاما لم يحتلم معنى البالغ حقيقة فيجوز ان يكون الراوي نقله بمعناه وقوله انه اوصى لابنة

لهم لانهم اهل الملك صح

تملك صح

ولي

استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول يعني الا في مسئلة واحدة صح

الزلفى يتعلق قرب

قوله تعالى

يعني الاعلام الا المعتبر في كون الموصى له قاتلا او غيره قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية نظرا الى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن الوصية واعترض بنقض اجمالي بانه ما ذكرتم لو صح لجميع مقدماته لما اعتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل اجيب بان عتقه من حيث ان موته جعل شرطا لعتقه وقد وجد ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بايجاب السعاية ولو اجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عندابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لحق الورثة الى اخر ما ذكره في الكتاب فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد فيعمل فيما كان من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله ولانهم يرضونها اي الوصية للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم اي لاحد الورثة لحصول احدهم البقية نعوذ فكذا القاتل قال ولا يجوز لوارثه الموصي لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتاذى البعض الى اخر ما ذكره في الكتاب وقوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده في العطية وقوله ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت ذكر في فتاوى قاضيخان ولو اوصى لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابنة جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرث وبطلت للاخ لاب وام لانهما يرثان وقوله واقرار المريض للوارث على عكسه اي على عكس الوصية بتاويل الايصاء والمذكور اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت وذكر في النهاية ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على الاطلاق بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك في مريض اقر لابنه العبد فاعتق فمات لا يبطل الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل بصيرورته الابن وارثا بسبب حادث

~~وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب حادث~~

ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار للاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره رحمه الله وارى ان اطلاق المصنف رحمه الله يغني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محجورا فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحجوب فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل قوله ولا يجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم الا لا وصية لوارث وقوله لان الامتناع لحقهم اي لحقهم الذي هو ثابت ثم بايثار البعض دون البعض وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين اجازوا ام لم يجيزوا لانه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية للاجنبي وقوله

لاحدهم اصح

اي لوارث صح

مطلب

كان ...

قوله الا ان يجيزه الورثة استثناء من ... صح

ولو

والاحتجاج

عم له بما لا ابتاني ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه قال الطحاوي والاحتجاج لهذا الاثر
لا يصح من الشافعي لانه مرسل لانه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن
هذا يخالف قوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث وفيه نظر لان المراد به قلم التكليف وما
نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية فانها تدل على ان الصبي
ممنوع من ماله وقوله وهو يحرز الثواب جواب عن قولهما انه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله
لما بينا اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب الى آخره فانه يفيد انما فضلة
الترك في الثواب او نشأ وبهما فيه قوله والمعتبر في النفع والضرر تنزل في الجواب كانه يقول سلمنا ان بالوصية
يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر الى اوضاع التصرفات دون العوارض
اللاحقة الا ترى ان الطلاق لا يتضمنه وان امكن ان يكون نافعا بان يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوج
باختها الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض والوصية في الاصل تبرع والصبي ليس من اهله
والمكاتب يعني اذا قال العبد والمكاتب اذا اعتقت فثلث مالي وصية لفلان لان الاهلية فيهما متشبهة اي
تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع قوله ولا تصح وصية المكاتب يعني بجزء
لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر آنفا وقوله والخلاف فيهما معروف عرف في موضعه يعني في باب
الحنث في ملك المكاتب والماذون من ايمان الجامع الكبير وما عرف به هو ان المكاتب اذا قال كل مملوك
املكه فيما استقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند ابي حنيفة وعندهما يعتق لهما ان ذكر الملك ينصرف
الى الملك الكامل قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولابي حنيفة ان للكاتب نوعين من الملك احدهما
ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليمين الى الظاهر دون غير
الظاهر قال وتجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل اذا اوصى
بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم انه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له او به ومعرفة
ذلك بان يجاوت به لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف
وصححه صاحب شرح الكافي ومن وقت موت الموصي على ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث واختاره
صاحب النهاية اما الاول وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله
بعد موته لانه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين ارثا فكذا وصية لكونهما اختين فان
قيل لو كانتا اختين لما جاز ردها كما لم يجز رده اجيب بقوله الا انه اي فعل الوصية او الايصاء يرتد
بالرد لما فيه من التمليك دون الميراث لعدم ذلك فيه وقوله بخلاف الهبة متصل بقوله وتجوز الوصية
للحمل يعني ان الهبة للحمل لا تصح لانه تمليك محض والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت
بالقبض ولا قدرة لاحد عليه ليملكه شيئا يحصل الملك فيه بالقبض واما الثاني وهو الوصية به فلانه
اي الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت
لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية ~~فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر~~
من وقت الوصية او الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ولقائل ان يقول في كلام المصنف
تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجوده بمعنى لا بعد ان يصير موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود
والجواب بان معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده
تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله ولو بهما واسع الى آخره وان اختلج في ذهنك تناقض
آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه الجواز بصحتها بغير الموجود فالجواب ستسمعه
ان شاء الله تعالى وقوله ومن اوصى لجارية يعني قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها صحت

اجيب بخ

الوصية والاستثناء جميعا لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل
في الموضوع ومما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما تلبس
بها وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد
والرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناوله ولهذا فان قيل فكيف صح استثناؤه وهو
تصرف لفظي لا يرد الا على ما يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيه
كما كان قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان الف درهم الا قرشا فان الوصية في الالف صحيحة
والاستثناء ايضا صحيح في تقرير ملكه في القرش لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا
فان قيل لا نسلم ان اسم الجارية لا يتناول الحمل فانه لو لم يتناوله لما استحقه الموصى له ولو لم يتناوله
لما استحقه كقوم من امور الايجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا يعني انه لم يتناوله بالعموم
بل يستحق اذا اطلق الموصي عن قيد الافراد فاذا افرد الام لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد
فصحت الوصية بها مفردة وقوله ولانه يصح قد ذكره في البيوع قال رحمه الله ويجوز للموصي الرجوع
عن الوصية الرجوع عن الوصية جائز لوجهين احدهما انه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصي والتبرع
التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم اولى والثاني ان القبول يتوقف على الموت والايجاب
المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع اولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو
ان يقول رجعت عما اوصيت به لفلان وقد يكون دلالة ولذلك انواع ذكر المصنف بعضها في الكتاب
ضوابطها جامعة فامنحه وقوله وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد اعلم ان محمدا ذكر
في الجامع ان جحود الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط انه رجوع فمن مشايخنا من حمل المذكور
في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح
الانكار على الغائب لا يصح لانه مورد المعارضة المقتضية معارضا والمذكور في المبسوط محمول
على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الانكار حينئذ ومنهم من حمل المذكور
في الجامع على صورة الجحود الحقيقي فانه قال فيه اذا اوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال للقوم اشهدوا
اني لم اوص لفلان لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا رجوعا لان قوله اشهدوا اني لم اوص لفلان طلب
شهادة الزور منهم فيكون معناه لقد اوصيت لفلان بكذا الا اني اسألكم ان تشهدوا لي بالباطل
وطلب شهادة الباطل لا يكون رجوعا لانه ليس بجحود حقيقة وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي
وهو رجوع على الروايات كلها ومنهم من قال المذكور في الجامع جواب القياس والمذكور في المبسوط جواب
الاستحسان ومنهم من قال في المسئلة روايتان قال شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال المذكور
في الجامع قول محمد والمذكور في المبسوط قول ابي يوسف قال شمس الائمة السرخسي هو الاصح لان المعلى
قال في نوادره قال سألت ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحدها قال يكون رجوعا وسألت محمدا
قال لا يكون الجحود رجوعا وهو مختار المصنف واستدل لابي يوسف بان الرجوع نفي في الحال والجحود
نفي في الماضي والحال واذا كان نفي الحال وحده رجوعا فنفي الماضي والحال اولى ان يكون رجوعا ولمحمد
ان الجحود وهو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء
في الحال ضرورة وذلك لان الاستمرار ذلك ان ثبت ما لم يتغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في
جحوده لان الفرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء
في الحال فكان الجحود لغوا وفي بعض الشروح جعل اثبت كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية
وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب بعينه تامل وقوله ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في

في الحال والجحود نفي في الماضي دليل آخر وتحقيقه ان احدهما مركب من النفي والاثبات والآخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس ايضا وفيه نظر من وجهين احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف والثاني انه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول ان قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول بلا تناف وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعارا للطلاق لان الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة احدهما للآخر وقوله ولو قال كل وصية اوصيت بها فهو حرام وربا واضح وقوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة قيل لانه لم يكن بينهما حرف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعينها لغيره وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله وقد ذكرنا حكمه يريد به ما تقدم من التوقف على اجازة بقية الورثة فان اجازوا جاز والا فلا

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر في هذا الباب المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد مقدمات هذا الكتاب قال رحمه الله ومن اوصى لرجل بثلث ماله ثم اوصى لآخر ايضا بذلك ايضا فالورثة اما ان يجيزوهما اولا فان اجازوا فلهما الثلثان وان لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان لانه لا يزاد على الثلث عند عدم الاجازة وليس احدهما اولى به من الآخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يكن كرجلين اقاما البينة على نكاح امرأة بطل البينتان جميعا وقوله وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس واضح وقوله ولا يضرب ابو حنيفة اي لا يجعل من ضرب في ماله كذا سهما اي جعل ومفعول لا يضرب محذوف اي لا يضرب شيئا وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالف بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة لا يضرب الموصى له بالالف في اكثر من خمسمائة وصورة السعاية ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما فان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم تجز فاعتقا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة المطلقة هي ان يوصي لرجل بالفين ولآخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا لكل واحد منهما يضرب بجميع

وصح الف والموصى له الآخر بحسب وصيته

وصيته

وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج من هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر او خرج له مال آخر تدخل فيه تلك الوصية ولا تخرج من الثلث الا في حالة الاجازة وهو ما اذا اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلثه ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض اهل الوصايا على بعض وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة ولابي حنيفة ان الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله ان التفضيل انما يثبت ضمنا للاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع يبطل ببطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساويان فكذا ههنا بخلاف مواضع الاجماع يعني المحاباة واختيها وهو واضح وقوله بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث يعني بان كان عبدا اوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل ان يكتسب هذا العبد ما لا تصير قيمته مساوية لثلث المال او يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال وقوله لان هناك الحق تعلق بعين التركة يعني ان حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة ايضا يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث ~~[illegible]~~ لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد ولم يتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم منه بطلانه قال رحمه الله ولو اوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحت وان اوصى بمثل نصيب ابنه جازت كان له ابن او لم يكن لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا يجوز والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به وقال زفر تجوز الاولى كالثانية نظرا الى حال الوصية فان المال كله له في تلك الحال ولو كان حيا بعد وللمالك ان يتصرف في ملكه كيف شاء وجوابه ما قلنا وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير قال ولو اوصى بسهم من ماله فمعناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص فان قيل اخس الانصباء له والثمن اقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة اما الاثر فما روي عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي البصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم ان عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ~~[illegible]~~ ولم يجوز النقصان عن السدس فيتم له السدس في رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه يعني في رواية الجامع فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما وفاقا لانه مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيز الورثة ومرغمها العرف فان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لاسيما في الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد اي الاقل على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة ولابي حنيفة ما ذكرنا آنفا في جواب السؤال من اثر ابن مسعود وقول اياس وقوله

اياس اسم شخص

الوصية

ولانه يذكر ويراد به السدس الخاص مشكل وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية يعطيهما ذكرنا وفي بعضها يعطي الاقل منها وتفسيرالاولي بعض الشارحين فقال يعني ان كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطي السدس كما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطي ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل المذكور في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فما تم عمل بالدليلين واما الثانية وهو قوله فيعطي الاقل منهما يؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وايضا قوله مما ذكرنا ان اراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه تتم بقوله السدس وان اراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس واري ان المراد بقوله مما ذكرنا هو الاقل منهما ليكون معنى التشخيصين واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس ثم نبه بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية وان كان غير ذلك فالله اعلم به وجهد المقل دموعه وصورة المسئلة ما اذا اوصت امرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا على رواية الاصل يعطى السدس في قول ابي حنيفة وعندهما يعطى الربع اي مثل الربع فيعطى الخمس فيجعل المسئلة على قوله من ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له سهم يبقى خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في اصل مخرج المسئلة مخرج الكسر وهو اربعة تبلغ اربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في اربعة وهو اربعة وهو سدس المال يبقى عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وهو على قولهما على خمسة يزاد مثل اخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي اربعة فيصير خمسة ويعطى الموصى له سهما والزوج سهما وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصي اوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزاد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع واما على رواية الاصل فتخرج كما ذكرنا هذا قسط امثالها وخرجها على الروايتين وقوله فالوا اي مشايخنا كان هذا عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ولو اوصى ببعض من ماله او لطائفة او بنصيب او بشيء فالحكم كذلك وقوله واجازت الورثة فله ثلث المال فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب ان يكون له نصف المال فالا يبقى لقوله واجازت الورثة

~~فله ثلث المال فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب ان يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله~~

~~واجازت الورثة~~ فائدة فالجواب ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بها ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على كلامه وهو الايصاء بالثلث وقوله والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول قد قررناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى قال رحمه الله ومن اوصى بثلث دراهم او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي

لان

الجامع الصغير يعطى السدس صح

للبنت سهما والباقي على الفريضة

مطلب والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول

لا يكمل واحد منهما اي من الهالك والباقي مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما يتوى منه على الشركة ويبقى ما يبقى منه عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة وهو القياس ولنا ان هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق احدهم في الواحد اي يمكن جمع حق شايع لكل واحد في فرد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع واذا امكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي وقدمنا الوصية على الارث لان الموصى له جعل له حاجته في هذا المعنى مقدمة على حق ورثته بقدر الموصي فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل في مال اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهلاك الى الربح الذي هو تبع لا الى راس المال وصارت الدراهم اي صارت الوصية بتلك الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد ولو اوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذا هذا وقوله بخلاف الاجناس المختلفة جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة اجناسا ووجهه ان الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وابى الباقون فان القاضي لا يجبر على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لانه فيه الجمع فيبقى الكل مشتركا بين الورثة والموصى له ثلثا فما هلك هلك على الشركة وما بقي يجعل اثلاثا والظهر من هذا قوله ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي لم يكن له الا ثلث الباقي واما اذا اوصى بثلث ثلثه من رقيقه من جنس واحد او بثلث ثلثة من الدور فقيل هو على هذا التفاوت هكذا اجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف المشايخ فقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها فاما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه ابو الليث والامام فخر الاسلام وقيل المذكور في الجامع قولهما لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك اي بدون اجتهاد القاضي وجمعه يتعذر الجمع واذا كان الامر كذلك لم يكن هنا نقل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك والاول وهو ان يكون في المسئلة خلاف اشبه للفقه المذكور وهو ان ابا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة وهما يريان ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا قال رحمه الله ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع اليه لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس في حق احد فيدفع الالف منه الى الموصى له وان لم يخرج بان كان العين ايضا الفا دفع منه اليه ثلثه وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له ~~شريك الوارث~~

~~منه اليه ثلثه وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له~~ شريك الوارث والاصل في المال المشترك ان يوفى حق كل من الشركاء بلا بخس ولا بخس في حق احد بتخصيص الموصى له بالعين في الاول فيصار اليه وفي الثاني بخس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين لان للعين فضلا على الدين علما ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل للموصى به الف من المال والدين تشريما فان من حلف انه لا مال له لم يحنث بدين له على الناس وكذلك الاصل ان المال الموصى له شريك الورثة مطلقا فان من اوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكا لم يجب على الوارث حصة الموصى له مما بقي من المال والجواب عن الاول ان الموصى به ليس من ان يكون مالا في الحال او في المال لان الوصية

والاصل صح

من المعادلة

نقص وتقليل كل صح

بتعديل صح

تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بانه يعتبر بتركة الوارث اذا كانت عينا غير متعينة وامثالها المعين فان الوارث كالمودع لا يضمن اذا لم يتعد قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله واحدهما ميت بقوله فلا يزاحم الحي ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة ثم مات احدهما فانه لكنه له نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصي بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما جميع الثلث لعدم المزاحمة عند الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه والضمير في قوله لان الوصية عند الموصي والباقي ظاهر وقوله ومن اوصى بثلث ماله ظاهر وقوله فالصحيح ان الوصية تصح احتراز عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الوصية الى غير مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله وعلى هذا تخرج كثير من المسائل منها ما ذكر في المبسوط بقوله لو قال العشر من حنطة من مالي وشويه من مالي فانه يصح ايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي او من شاتي فانه اذا لم توجد ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا شيء الموصى له والفرق ما ذكرناه قال رحمه الله ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وما ذكره واضح صورة وتعليلا قوله واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لهن جائزة استحسانا والقياس ان لا تصح لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت وانما يستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي امة والوصية لامته بغير رقبتها باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها لان الظاهر من حال الموصي انه يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وام الولد ليست كذلك لانه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته وكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف ام الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن له وصية اصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال لام الولد ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال فالجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا يبتدأ وان كان بموت المولى كان بالوصية ايضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل وقوله وادناه في الميراث اثنان تقييد بذلك احترازا عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد بالاجماع بين اصحابنا وان كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا الى الاثنين والوصية في معناه من حيث ان كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هنا ايضا منصرفا الى الاثنين وقوله نجد ذلك في القرآن يريد به قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه وكذا قوله فالله يتناول الادنى مع احتمال الكل قال رحمه الله ومن اوصى لرجل بمائة درهم صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس ان يكون له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما اوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه اثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا اخذ من كل منهما ثلث المائة لان مقتضى اشتراكه اياهما جملة واحدة وانما ياخذ نصف كل مائة لو كان اشتراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك

بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشتراك اي ثم قال لآخر اشركتك معهما فان له نصف كل منهما لكل منهما لان تحقيق المساواة منهم غير ممكن لتفاوت المالين فلا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال يعني لورثته لفلان علي دين فصدقوه يصدق الى الثلث استحسانا وفي القياس لا يصدق لانه اقر بمجهول وانما الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا قرن به من جهة المقر بيان وقد فات بموته وقوله فصدقوه يخالف فيما قال لا يصلح بيانا لكونه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا يفيد من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث وامكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان بطريق الوصية لما صح لانه اجاب بقوله وقد يحتاج اي المقر الى مثل هذا الكلام باصل الكلام عليه دون مقدار وشغلا منه في تفريغ ذمته فيجعلها اي هذه الوصية وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك الى آخره واضح وحاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية معنى فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه ظاهر وقوله وهذا اي هذا الايصاء بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه والاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي كما لا يصح في حق الوارث لان الوصية انشاء تصرف اي ابتداء تمليك من غير ان يكون بينهما شركة قبلها والشركة انما تثبت حكما له عقيبه حيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها واما في الاقرار فبسبب الشركة غيره وهو ما كان سببا قبله فان الاقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك اي في الاقرار بالمال المشترك اقرار الوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بينهما اذا تصادقا على ذلك او جحد الاجنبي ادا الوارث ذلك او انكراه جميعا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا لم يتصادقا صح في حصة الاجنبي لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر وقالا لان اثباته مشتركا هو المبطل وقد وجد ولقائل ان يقول هذا الاقرار بالنظر الى الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث يتعدى الى ابطال حق الغير والجواب ان وجه ذلك هو القاعدة المشهورة وهي ان اليقين لا يزول بالشك وتقريره ان حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها ففي كل جزء فرضته يشترك ان يثبت للاجنبي الملك فيه بالنظر الى صحة الاقرار له ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له ملك قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله بعضا وبطلانا اي بعضا في حق الاجنبي وبطلانا في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي ~~فتبطل في حق الاجنبي وتبطل في حق~~ الوارث لامتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر قال رحمه الله ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء يخرج من ثلث ماله واوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك احد الاثواب ولا يدري ايها هو وقالت الورثة لكل منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت

الوصية بالحالة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو ايتام
غرض الموصي لان تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين فان المانع حينئذ قد زال فيقسم
فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا ابتدئ بتعليل جانب صاحب الجيد
وصاحب الردي وان ابتدئ بتعليل جانب الوسط فله وجه آخر وهو ان يقال الهالك ان
كان ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك اردى من الباقيين
فحق صاحب الوسط في الردي منهما فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك اخرى وان كان الهالك هو
الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق
في حالين فيأخذ ثلث كل واحد بقي صاحب الجيد وصاحب الردي فصاحب الجيد يدعي
الجيد ولا يدعي الردي لانه لا حق له فيه قطعا وصاحب الردي يدعي الردي دون الجيد فثلثا
ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردي لصاحب الردي قال وكذا اذا كانت الدار بين رجلين الى
الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع واما قوله هذا ففيه بحث وهو انه قال في كتاب
القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة واجيب بانه قال هناك بعد
قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي
على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر
هاهنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر
في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد والى هذا اشار بقوله واما المقصود
الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه والباقي ظاهر وقوله الا ان عوضه كما ذكرنا
يعني في الجارية الموصى بها وقوله او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين يعني في
وقوعه في نصيب الشريك والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر يعني في وقوعه في نصيبه
وقوله فيصير السهام احد عشر للموصى له على خمسة اسهم سهم للموصى له واربعة للورثة لانه
لما صحت الوصية عندهما في عشرة اذرع بقي حق الورثة في اربعين فلما زعم الورثة ان الحق
في خمسة واربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له ان حقه في
عشرة وحق الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق فجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل احد
عشر وقوله وقيل لا خلاف فيه لمحمد بل قوله في الاقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر
قال رحمه الله ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينها فبلغه فاما ان يجيز الوصية
او لا فان كان الثاني بطلت وان كان الاول جازت فان دفعها الموصى له تمت وان لم يدفع فله
ان يمنع وان اجازها لان هذا تبرع بمال الغير الى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح الى قوله
فيكون مقرا بتقدمه فيتقدم عليه فان كان الدين مستغرقا فجميع نصيبه دفعه اليهم كله
والباقي ظاهر قال ولا يخرج بالانفصال عنها كما في البيع يعني تسري الوصية الى الولد الحادث
قبل القسمة كما يسري البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد بان
كان الولد لان بهما فاوصى بهما وقيمتهما مثل نصف المال نفذ الوصية في ثلثي كل واحد
منهما كذلك هنا وله ان الام اصل يعني في الوصية والولد تبع فيه اي في الوصية على
ما قيل ايضا وانما كانت الام اصلا لان الايجاب تناولها قصدا ثم سرى حكم الايجاب
الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام ثم يكون له من الولد قدر

ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا يتغير بزيادة
المال لانه يؤدي الى نقضها في بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله
الا انه لا يقابله بعض العوض جواب عما يقال لا نسلم ان تنفيذ الوصية في التبع لا يؤدي الى نقضها في
الاصل فان بعض الثمن لا يقابله شيء نحو ذلك وفيه نقض له حصته ووجهه انه لا يقابله
بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض الواحد لا يقابل بالعوضين
لكن لا يوجب ذلك النقض في المبيع لان الثمن تابع الى آخر ما ذكره وقوله واذا اتصل به
القبض انما قيد بذلك لانه مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون ان لو كان مقبوضا بالاصل
حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بتلك المال ذكر في هذا الفصل
احكاما يتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لان هذه الاحوال بمنزلة العوارض
والاحكام المتعلقة بتلك المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض قوله واذا اقر
المريض لامرأة واضح ومعناه ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا او غير
وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا حال
الاقرار عليه فان كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا
وقوله لان الاقرار ملزم فيه تلويح الى جواب سؤال وهو ان الاقرار ايضا باطل لان اقرار
المريض بمنزلة التمليك ولهذا لا يصح للوارث ووجه ذلك ان الاقرار يثبت الحكم بنفسه
من غير توقف على امر الى كالموت بخلاف الوصية وقوله الا ان الثاني يؤخر عنه اي تنفيذ
حكم الاقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة الصحة بخلاف الوصية لانه
تعلقي الوصية بها وبل لا تقاعد قال وكذا اذا كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق يعني لانه الوصية
والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت فاما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت
بذكرهما وذكر في كتاب الاقرار انه اذا لم يكن عليه اي على العبد دين يصح الى آخر ما ذكره في الكتاب
وقوله المقعد والمفلوج من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس
والحركة والاشل من شلت يده والمسلول هو الذي به مرض السل وهو عبارة عن اجتماع
المدة في الصدر ونفثها وقوله رحمه الله تعالى صار طبعا من طباعه يعني خرج من ان
يكون مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث
فيعتبر تصرفه من الثلث كما لو تصرف عند ما اصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من
ايامه لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت وهذا آخر هذا
الفصل والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب العتق في المرض

احكام

الإعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له انواع مخصوصة افرده بباب علي حدة
واخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل قال رحمه الله ومن اعتق عبدا في مرضه
كلامه واضح وقوله والمراد الاعتبار من الثلث اي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من
الثلث لا حقيقة الوصية لان الوصية عبارة عما اوجبه الموصي في ماله بعد موته وقوله
كالضمان والكفالة لم يجمع بينهما بالعطف لان الضمان اعم من الكفالة فان من الضمان ما لا
يكون كفالة بان قال الاجنبي خالع امرأتك علي الف علي اني ضامن وكذا لو قال بع هذا العبد
بالف علي اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوي الالف فان بدل الخلع يكون علي الاجنبي لا علي المرأة
والخمسمائة علي الضامن دون المشتري وقوله وما نفذه من التصرف اي اوقعه في الحال وعلي صيغة
الماضي لا بعد الموت فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن
الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لانه تبين انه لا حق لاحد في ماله وقوله فان حابي
ثم اعتق صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي الفين من رجل بالف واعتق عبدا يساوي
الفا ولا مال له سواهما فالمحاباة اولي وان ابتدأ بالعتق تحاصا فيه عند ابي حنيفة ففي
الاول يسلم العبد للمشتري بالف ولم يبق من الثلث شيء لان العتق لا يمكن رده فيسعي
العبد في قيمته للورثة وفي الثانية تحاصا في مقدار الثلث وقالا العتق اولي سواء
قدم المحاباة او اخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشتري ان شاء
نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء امضي العقد
وادي كل قيمة العبد الفي درهم والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله الا العتق الموقع
اي المنجز لا المفوض الي اعتاق الورثة مثل ان يقول اعتقوه او يوصي بعتقه بعد موته فانه يستوي
من قوله لا يتقدم وقوله كالتدبير الصحيح احترز به عن الفاسد مثل ان يقول انت حر بعد موتي
بيوم كما سيجيء وقوله والمحاباة في البيع بالرفع معطوف علي قوله الا العتق الموقع وقوله
يستوي فيه من سواهما اي سوي العتق والمحاباة وقوله كلها في الخلافية وهي التي تقدم
فيها المحاباة علي العتق وقوله لا يوجب التقدم في الثبوت الا تري انه اذا اوصي بثلث ماله
لفلان ولفلان وبعد ذلك كان بينهما اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ههنا
وقوله لانها تثبت في ضمن المعاوضة يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها فكان تبرعا معني لا صيغة
والاعتاق تبرع صيغة ومعني لانه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه وقوله
قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين
العتق لان العتق متقدم عليها فيستويان فيه بحث وهو ان يقال المحاباة الاولي مساوية
للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها والمحاباة الاولي مساوية

للمحاباة

~~للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية~~ للعتق المتقدم عليها والمحاباة الاولي مساوية
للعتق المتأخر عنها وهو ينافي قضية الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة وايضا المحاباة لم تخرج من
الثلث تحاصا وما ذكرتم من ان التقديم يقتضي الترجيح يستدعي ان ينفذ الاولي ثم الثانية
والجواب عن الاول ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس
كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بانه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض
يتقدم بنقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نقضناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وبقيت
لهما بحكم الوصية وهما ان تدانيا فاستويا كذا في النهاية وقوله قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة
وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني فان قلت لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين
العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة متقدمة علي العتق الثاني فلا يكون مقاربا
لها والعتق الاول مقدم علي المحاباة فزاحمها في الثلث ثم ما اصاب العتق الاول شاركه فيه
العتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الي صاحب المحاباة
مقدم علي صاحب العتق الثاني كما لو كانا ولم يشرعا عتق آخر وتقدمت المحاباة اجيب بانه
لو اشترك ذلك منه لا يشترك منه صاحب العتق الاول لان حق العتق الاول وحق المحاباة سواء
في الثلث فيؤدي الي الدور ان يفض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث
بين المعتقين نصفين فيستوي حقهما قال رحمه الله وان اوصي بان يعتق عنه بهذه المائة عبد
كلامه واضح وقوله ويبقي شيء من الحجة يرد علي الورثة قال الامام القضاي الا ان يكون الموصي جعل
الفضل للحاج عنه فيكون له وقوله وهذا اشبه يعني الي الصواب لانه ثبت بالدليل انه حق
العبد عند مختلف المستحق اذا هلك منه شيء فيبطل الوصية ويرد المائة الي ورثته وقوله ومن
اوصي بعتق عبده اي باعتاق عبده وقوله لانه يتلقي الملك من جهة الموصي الا ان ملكه اي ملك
الموصي باق فيه لحاجته حتي لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا ان ملك
الميت فيه باق بعد لحاجته وانما يزول ملكه بالدفع فاذا خرج به اي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية
كما اذا باعه الموصي وارثه بعد وفاته بسبب الدين فان فكه الورثة كان العبد في اموالهم اي
كانوا متبرعين فيما فدوه به قال ومن اوصي بثلث ماله لآخر واضح وقوله وان كان يعني المعتق
دين يعني ان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار
هذين الامرين في حالة المرض انما يمنع احدهما الآخر لو كان احدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم
المتأخر وههنا لما حصلا معا بتصديق واحد بقوله صدقتما جعل كان الامرين كانا وثبتا بالبينة
فثبتا معا لذلك وله ان الاقرار بالدين اقوي ولابي حنيفة وجهان احدهما ان الاقرار بالدين اقوي
علي ما ذكروا والثاني ان العتق لا يمكن اسناده الي حالة الصحة فكذلك يثبت الدين من كل وجه فيثبت
العتق من حيث الصورة لا من حيث المعني لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعني بوجوب
السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه المريض اعتقتني في صحتك
وقال رجل آخر لي عليك الف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعي في قيمته للغريم كذلك
ههنا وقوله وعلي هذا الخلاف اي الاخر لهما ان الوديعة لم تظهر الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو
اقر بالدين ثم بالوديعة اذا الاقرار من الوارث بالدين علي الميت يتناول التركة لا الذمة فتعذر فتعا
معا خلاف المورث وله ان حقه يثبت في عين الالف مقارنا لثبوت الدين في الذمة وعند انتقاله منها
الي الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقال لله ذلك فقال لصدقتما والاختلاف

اي المودع

في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

فصل فيمن مات وعليه حقوق الله تعالى

قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل اعلم ان من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلاة او صيام او زكاة او حج او كفارة او نذر او صدقة فطر فاما ان يوصي بها او لا فان كان الثاني لم يؤخذ من تركته ولم يجبر الورثة على اخراجها لكن لهم ان يتبرعوا بذلك وان كان الاول تنفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما ان تكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فالعباد خاصة تقدم ذكرها وما لله تعالى اما ان يكون كله فرايض كالزكاة والحج والصوم والصلاة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين هذه الوصايا فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوا فهل فان كان كلها لله وهي فرايض كلها او واجبات كلها او تطوع بدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت بدأ بالفرايض قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضا او واجبا او تطوعا كما ذكرنا بدأ بما قدمه الموصي لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم فان قيل ان هذا قول ابي يوسف ومحمد ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت فعلى هذه المسئلة لابي حنيفة عليه اجيب بان هذا مختص بحقوق الله لكون صاحب الحق واحدا واما اذا تعدد المستحق فلا يعتبر بالتقديم كما لو اوصى بثلثه لانسان ثم اوصى بثلثه لآخر وقوله فالزكاة تعلق بها حق العبد يعني باعتبار ان الفقير حقه في القبض ثابت فكان ممتزجا بحقين وقوله اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات اما في الزكاة فقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية واما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا الحديث وقوله والكفارات في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة وقوله وعلى هذا يقدم بعض الواجبات على البعض نحو ذلك ان يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذور بايجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذور وما ليس بواجب يقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا يعني قوله لان الظاهر ان يبتدئ بالاهم فصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدءوا بما بدأت به ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا هذا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق ثم ... على هذا الترتيب او لم يرتب ومما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ويقسم على عددها فان قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان المقصود بجميعها وان كان المحل

بجميعها

عليها ح

ترك كفارة الافطار التي مقدمة على صدقة الفطر

وهو رضي الله فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين فان الجميع منها وان كان المقصود به القربة اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذلك هذا قال رحمه الله ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا ... قوله وقد ذكرنا الفرق بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل على مذهب ابي حنيفة وهو الذي ذكره قبيل هذا الفصل بقوله وكذا اذا اوصى بعتق عبد يشترى الى اخره قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة ... اذا لم يكن ... من حيث مات بالاتفاق لانه لو تجهز من حيث هو فكذلك اذا اوصى وقوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الى آخره مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فاوصى وجب الاتمام انما يجب بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعم بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا من الحج واجيب بالفرق بان بعض الحج لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الاول لو وجد له ان لا يحج بنفسه بعدما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضى الوصي لم يجز ولزمه رد ما انفقه واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم تركه وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وهذا الشيء بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لا يشترط فيه التتابع اصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق والكتاب اقوى وان كان دلالة تعمل به والحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به وقوله على ما قررناه اراد به قوله قبيل هذا ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا الى آخره والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المآب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر احكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدمه ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم قال رحمه الله ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال الفعل كان اهتماما بامر الجار وقوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وقوله وهو عند الجار الملاصق حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيرانه قوله وما روي فيه ضعيف يعني ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا اربع مرات اشارة الى الجهات الاربعة فانه قيل هذا حديث لا يعرف روايته وقال ابن قدامة هذا ان صح كان نصا في الباب وقد طعن في رواته قالوا وقد يتوفى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي قال محمد في الزيادات وينبغي على قياس قول ابي حنيفة ان يدخل الساكن تحت الوصية من الجيران الملاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال ابو بكر بن شاهويه

٣ نسخة الحج

الخواص

كذا خذانيه

هذه كذا خذانيه من محمد في مذهب ابي حنيفة وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق
الشفعة وهو الملاصق واقول ينبغي على قول محمد ان لا يدخل الذمي لان المسجد لا يعمه الا اذا اريد
باتحاد المسجد سماع الاذان قال ومن اوصى لاصهاره اي لاقرباء امرأته قال في الصحاح الاصهار
اهل بيت المرأة وايضا قال لهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة لان الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن
ايضا وقوله وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها يعني وان ورثت منه بان يكون الطلاق
في المرض قال ومن اوصى لاختانه يعني ان الاختان يطلق على ازواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة
والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج فيكون كل ذي رحم محرم من ازواج المحارم من الذكر والانثى
كلهم في صفة الثلث سواء قال ومن اوصى لاقاربه يعني ينصرف الى الاثنين فصاعدا الاقرب فالاقرب
من كل ذي رحم محرم من جهة الاب او الام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين عند ابي
حنيفة وقوله وفائدة الخلاف تظهر في آل ابي طالب يعني ان الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول
اقصى اب علي فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني اقصى الاب ابو طالب لانه
ادرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضح الى قوله ولا
معتبر لظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب مشتق من
القرابة فيكون اسما لمن قامت به وبين كونه متروكا بالاجماع فان عندهما يتصل باب له في الاسلام
وعند الشافعي بالاب الادنى وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لا محالة قال واذا اوصى
لاقربائه وله عمان وخالان يعني وله ولد يحجر زمرانه فالثلث لعميه وهذا الى آخره تفصيل ما اجمله
من القيود على مذهب ابي حنيفة وقوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية
يعني لو كان العم الثاني كان لكل واحد منهما النصف وكذا اذا انفرد كان له النصف ايضا واعترض
بان في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة وجود المزاحم حيث قيل اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا
اذا لم يكن معه عم آخر وحينئذ كان لقائل ان يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه
عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال يجب له الربع او الخمس عند الانفراد على
تقدير ان يكون معه ثلاثة اعمام او اربعة اعمام وهلم جرا واجيب بان ذلك غير لازم لان اعتبار الجموع
كلها ساقط لتعذر فتعين ادنى ما يشتمل فيه وهو الاثنان لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون
له نصف ما لهما واذا اخذ العم النصف صار كان لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي تركهما الثلث
بينهم اثلاثا وقوله لما بينا اراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الى آخره وقوله
وهي وصية من قرابة الخؤولة وقوله والعمة وان لم تكن وارثة جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة
وتقدم العم على الاخوال فلم تكن قرابتها اقرب ووجهه انها مستحقة للوصية مساوية للعم في
الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو الانوثة لا يخرجها عن مساواة العم
في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق او الكافر فان حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف
في القرابة وقوله لاستوائهما في جهة النسب وهو القريب كالاستواء في جميع النصيب وقوله في جميع
ما ذكرنا يعني من القيود المذكورة على قول ابي حنيفة خلافا لهما قال رحمه الله ومن اوصى لاهل
فلان فهي على زوجته الوصية لاهل فلان على زوجته العرف المؤيد بقوله تعالى واتوني باهلكم
اجمعين فانه ليس المراد به الزوج خاصة وكذا قوله تعالى فنجيناه واهله الا امرأته وله ان الاهل
في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمرأة لا تخاطب
بذلك والجواب انه لم ينقل انه كان معه احد من اقاربه او كان ربما ممن ضمهم نفقته فان كان

نفقته فان كان معه

قوله وهذا التفسير

من الاربعة احد لم يدخل فيها لا اتفاق على ان الحقائق لا يستدل عليها لان طريق معرفتها السماع
لا عرف في الاصول واما استشهد بالآية ثانيا فان ثبت ان ما في الآية ليس على معنى الحقيقة
لا يناف مطلوبه كالآيات التي استدلا بها وقوله فلانة تأهل ببلدة كذا هو المتنوع الدال على
الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله لان الانسان يجنس بابيه فان ابراهيم بن رسول الله صلى
الله عليه وسلم كان من جنس قريش واولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وان كان اكثرهم من الاماء
نعلم انهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله ولو اوصى لايتام فلان اليتيم اسم
لمن مات ابوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد البلوغ والعميان والزمنى معروفة
والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلا كان او امرأة من ارمل اذا افتقر من الرمل كالدقع من
الدقعاء وهي من التراب ومن الناس من قال الارامل في النساء خاصة والمختار عند المصنف
هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبي فاذا اوصى لهؤلاء فاما ان يكون
ممن يحصون او لا فان كان الاول دخل الاحصاء عند ابي يوسف ان لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب
وحساب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد اذا كانوا اكثر من مائة فانهم لا يحصون
وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم
ذكورهم واناثهم لان الوصية تمليك وتحقيق التمليك فيهم ممكن وان كان الثاني فالوصية للفقراء منهم
لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون
او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية فيه اشارة الى انهم اذا كانوا يحصون كان
الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكر في الايامى دخوله في الارامل ولا قال
الكرخي يدخل لان الايم هي التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ويقال للرجل ايم ايضا وقال محمد الايم
هي الثيب خاصة وترك المصنف محمد والظاهر دخوله لانه ترك اعتمادا على ذكره في الارامل واما
بطلت الوصية في الشبان والايامى لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقر حتى يصرف الى الفقراء ولا يمكن
تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد الغلام
ما كان له اقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين
فزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب الشيب فحينئذ يكون شيخا وفي الوصية للفقراء
والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا للمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر وقوله
ولو اوصى لبني فلان يعني اذا اوصى لبني فلان فلا يخلو اما ان يريد مفهومه الاضافي او يكون
اسم قبيلة او فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاناث عند ابي حنيفة رجع اليه وكان يقول اولا
يدخل وهو قولهما والخلاف عند الاختلاط اما اذا كانت الاناث منفردات فلا يدخلن بالاتفاق
وجه قولهما ان جمع الذكور يتناول الاناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله آخرا ان حقيقة
هذا الاسم للمذكور وانتظامه الاناث تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان
الثاني يتناول حلفاءهم يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من فقرائهم قال رحمه الله ومن اوصى
لولد فلان اما ان يكون الاخ خاصا او عاما فان كان الاول فالوصية تناولت الاولاد دون اولادهم
الذكور والاناث عند الانفراد والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا
بطريق الحقيقة وولد الولد مجاز لا يصار اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب
يدخل اولاد الاولاد واولاد الابناء رواية واحدة وفي اولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية
الولد وولد الولد منهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم قال القدوري والصحيح انهم لا يدخلون

ومنه قولهم

مطلب تفسير الغلام والفتى والكهل والشيخ

وذكر فيه الحقيقة والمجاز كما ذكرنا وان كان الثاني يدخلون وان كان الصلبي قائما لان فلانا
اذا كان فخذا تنسب بنوه وبناته لا يخلو عن الاولاد فيكون مرادة فيدخل بخلاف ما اذا كان ابا
خاصة فان بنيه وبناته قد يخلو عن الاولاد فلا يكون مرادة وقوله ومن اوصى لورثة فلان
واضح وقوله ومن اوصى لمواليه مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يجيز ذلك
فاجاز هذا واصحابنا ما جوزوه فكذلك هذا والمروي عن الشافعي رواية عن ابي حنيفة لكن
لا على جواز عموم المشترك بل على ان لفظ المولى على الاعلى والاسفل متواطئ كالاخوة على بني الاعيان
وبني العلات وبني الاخياف وليس بظاهر لان معنى الاخوة في الجميع واحد وهو اشتمال صلب
الاب او الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الاعلى منعم ومعنى الاسفل منعم عليه
فكان في احدهما بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول واليه اشار بقوله ان الجهة مختلفة وقوله
في موضع الاثبات احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الائمة وعامة اصحابنا
على انه لا عموم للمشترك لا في النفي ولا في الاثبات واجابوا عن مسئلة الحلف بانه ترك الكلام مع المولى
مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فصار بذلك المعنى
كالشيء وقد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتاييده فان قيل سلمنا ان لفظ المولى مشترك
لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة اجيب بان الكلام فيما اذا مات الموصي قبل البيان
والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهو ان تصرف الوصية الى المولى
الذي اعتقه لان شكر المنعم واجب واما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف الى
الواجب اولى منه الى المندوب كما هو المروي عن ابي يوسف بهذا المعنى اجيب بالمعارضة
بجهة اخرى وهو ان العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الاسفل الفقر
وفي الاعلى الغنى والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروي عن ابي يوسف لهذا المعنى ولو
اوصى لمواليه وليس له الا المولى الاعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة
والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتقهم لا يثبت بعد الموت لان الموقوف على الشيء
لا بالعلية يعقبه وجودا والوصية تضاف الى حالة الموت لانها اخت الميراث والميراث كذلك
فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان
سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد لازم اي ثابت مستقر والاصح الاول لانهم
لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد
الموت ويدخل فيه اي في هذا الايصاء يعني بالاجماع عبد قال له مولاه فهو واضح وقوله ولو كان
لمواليه وله موال واولاد الموالي وموالي الموالاة دخل معتقوه وهو ظاهر واولادهم لان نسبتهم
اليه بالولاء للعتق الذي باشره اباؤهم والفروع اجزاء الاصول فكان الاطلاق حقيقة فيهم كما في
اصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم المولى عنهم بخلاف ما تقدم من بني فلان واولادهم لان النفي عن الفرع
صحيح حيث يجوز ان يقال ليسوا بني فلان وانما هم بنو بنيه وعن ابي يوسف انهم يعني موالي
الموالاة يدخلون ايضا لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله ولاء الاعتاق لازم جواب عما يقال
لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالموالي الاعلى والاسفل ووجهه ان المشترك لا يعمل
به اذا لم تكن قرينة على احد المعنيين وههنا قرينة تعين احدهما وهو ان ولاء الاعتاق بمنزلة النسب
لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء وسببه عقد يحتمل الفسخ
فلا يتحقق المزاحمة بينهما ولو لم يكن له الا موالي موالاة كان له الثلث لم لان الحقيقة اذا لم يمكن وجب

العمل

الحقيقة اذا لم يمكن لان العمل بالمجاز وجب الثلث لهم

العمل بالمجاز صونا لكلام العاقل عن الالغاء ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف
لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا
ان اسم الموالي لاولاد الموالي حقيقة وقوله ولا يدخل فيه اي فيما اذا اوصى لمواليه موال
اعتقهم هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب ان يقال موالي اعتقهم ابوه او ابنه لان التعليل
يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لان الحقيقة هو ان يباشر اعتاق مملوك فيصير
به مولى حقيقة والمجاز ان ينتسب لذلك باعتاق مملوك ثم يعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد
في حق موالي الاب والابن فعل الاعتاق ولا تسبيبه فقلنا انهم لا يدخلون في هذه الاضافة
وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لان الذين اعتقهم موال له حقيقة وقوله
انما يحرز ميراثهم بالعصوبة جواب عما يحكى عن ابي يوسف ان موالي ابيه تدخل اذا مات ابوه
وورث ولاءهم لانهم مواليه حكما ولهذا احرز ميراثهم ووجه ذلك ان احراز الميراث ما كان لكونهم
موالي له لكن الشرع اقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث
نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صريح
في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله بخلاف معتق البعض قال في النهاية هكذا
وقع في النسخ وليس بصواب والصواب ان يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في
الايضاح لانه يثبت بهذا الفرق بين موالي الموالي وبين موال اعتقهم ابوه او ابنه على ما ذكرنا
من النسخة الصحيحة فيه ايضا وذلك انما يستقيم فيما اذا كان بخلاف معتق المعتق واما
معتق البعض فعند ابي حنيفة لم ينسب اليه الولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل
تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا
يحتاج الى ذكره وذكر بعض الشارحين ان النسخ في قوله ولا يدخل فيه موال اعتقهم بانابة
لفظ ابنه وههنا بخلاف معتق البعض وجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل تحت الوصية الموالي
لانه مولاه حقيقة بخلاف موالي الابن لانهم ليسوا موالي له اصلا ولكن ينبغي ان يكون هذا على
مذهبهما لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة
وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وان كان فيه بعد من حيث الايراد على مذهبهما خاصة

فيه موال اعتقهم ابنه ومعناه ان معتق البعض لا يدخل

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما فرغ من احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع
واخر هذا الباب لما ان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها عنها وضعا قال رحمه الله وتجوز
الوصية بخدمة عبده وسكنى داره كلامه واضح ويفيد الموافقة بين الوصية والعارية في
كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الارث لان الوصية تحتمل التمليك
والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة فكذا بعد الممات كالرقبة والارث خلافة فيما يتملكه المورث

وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى واذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته
لانها بدلها فاخذت حكمها والمعنى وهو الحاجة يشملهما يعني المنفعة والغلة قال فان خرجت
رقبة العبد فيه تفصيل وهو انه اذا اوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال ابدا او جعل ذلك
زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث او لم يخرج ولكن اجازت الورثة التسليم
اليه يسلم اليه ليخدمه وان لم يجز الورثة خدم الورثة يومين وله يوما الى ان يموت وان
كان الثاني فاما ان عين سنة مثل ان يقول سنة ست وستين وسبعمائة او لم يعين فان
عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات الموصي بعد مضي بعض من
تلك السنة او مات قبل مضيها فان كان العبد يخرج من الثلث او اجازت الورثة فانه يسلم
العبد الى الموصى له حتى يستوفي وصيته وان كان لا يخرج ولم يجز الورثة يخدم للموصى له يوما
والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها ثم يسلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد
يخرج من ثلث المال او لا يخرج واجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له يستخدمه سنة كاملة
ثم يرده الى الورثة وان لم يخرج ولم يجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلاث
سنين ثم يرده الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث
غلة تلك السنة على ما سنذكره قال رحمه الله فان مات الموصى له عاد الى ورثة الموصي
لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ولو انتقل الى وارث الموصى
له لاستحقها ابتداء من ملك الموصي لما تقدم ان الميراث خلافة فيما يملكه المورث
وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى لكن لا يجوز ان يستحقها كذلك لانه لم يرض به
واستحقاق الملك من غير مرضاة المالك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت
الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل وهذا في فصل اعتبار حالة الوصية في
بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت
ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه او سكن الدار
بنفسه اختلف المشايخ في ذلك على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وليس للموصى
له بالخدمة ان يؤاجر العبد والدار واضح سوى الفاظ نذكرها فقوله اعتبارا بالاعارة فانها
تمليك بغير بدل قد تقدم في باب العارية وفي الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المعروف
وهو ان الشيء لا يتضمن ما فوقه وقوله لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ
ووجه ذلك ان الاعتبار للموضوعات الاصلية والوصية في وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع
بموت الموصي من العوارض فلا معتبر به وقوله ولان المنفعة دليل اخر قوله وهذا يجوز بيعه
بنا على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه باجارة الحرنفسه فانه لا يملك
منفعته تبعا لملك رقبته ولا يعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها ببدل واجيب بان كلام المصنف
في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تحو الوصية بها ومنفعة الحر ليس كذلك فلا يكون واردا
عليه وقوله اذا كان يخرج من الثلث احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له الاخراج الا باذن الا باجازة
الورثة وقوله واذا كان يؤاخر عبده اي في غير مصر الموصي وقوله ولو اوصى بغلة عبده او بغلة
داره قد علم جوازه فيما تقدم طريقين وكأنه ذكره تمهيدا لقوله ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة
تلك السنة يعني اذا لم تجز الورثة وكان الوصية بغلة عبده سنة ويذكر الضمير اما بتأويل
المال او نظرا الى الخبر وقوله لانه عين مما يحتمل القسمة بالاجزاء وكل ما هو كذلك تعلق الوصية

جواب
الا ان الرجوع للمستعير لا للغير عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتداء صح

بثلثه ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينهما وبين الخدمة فان العبد لما لم
يحتمل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة الجمع يستوفي خدمته
سنة كاملة كما مر ذكره وقوله فلو اراد الموصى له قسمة الدار ظاهر الى قوله عطفا منه
لاحدهما على الاخر ومعنى ذلك انه عطف قوله لاخر برقبته بالواو على قوله اوصى له بخدمة
عبده فتعتبر هذه الحالة بحالة العطف بحالة الانفراد اي بحالة انفراد احدى الوصيتين
عن الاخرى فلا يتحقق المشاركة بينهما فيما اوجب لكل واحد منهما وقوله ثم لما صحت الوصية
لصاحب الخدمة كان لبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة
منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له فاذا اوصى بها اخت الميراث من
حيث ان الملك فيهما بعد الموت ثم العبد الموصى بخدمته يختص برقبته لاخر ما دام
يكون اهلا للخدمة ولا فان كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك
الخدمة لانه بالانفاق عليه ينمو العبد وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة
صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه بالانفاق عليه
اذ العبد لا يقوى على الخدمة الا به وان ابى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير مع
المعير وان جنى جناية فالفداء على من له الخدمة لان التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية
فيجب عليه التطهير وقوله ولها اي لهذه المسئلة نظائر وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله
ومعنى صاحب الظرف وهي الامة والخاتم والقوصرة في المظروف يعني الولد والفص والتمر
في هذه المسائل كلها اما اذا كان احدهما بين موصولا بالاخر فبالاتفاق واما اذا كان
احدهما مفصولا عن الاخر فكذلك عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقوله كما في وصية الرقبة
والخدمة فان الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدل
به ابو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على ان المعول على قول محمد قال رحمه الله ومن اوصى
لاخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى
به والتعدي الى ما يحدث على وجوه بلا نوع وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى
له ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة عبده فان العرف
فيها جار على الابد ويعتبر خروجه من الثلث وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد او لم
يذكر كالوصية بالصوف على ظهر الغنم والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لان المعدوم من
هذه الاشياء لا يستحق بعقد ما وفي وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية
بثمرة بستانه فان كانت الثمرة موجودة وقت الموت تناولها والا فالقياس ان تبطل الوصية
وفي الاستحسان يقع على الحادث الى ان يموت الموصى له وجه القياس ان الثمرة في الموجود
حقيقة ولم يكن موجودة فتبطل ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا
لكلام الموصي عن الالغاء والمصنف جعل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقي والخراج
وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل
الخدمة قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا الى اخر الباب واضح والله در المصنف ما اجزل
تركيبه واحسن ترتيبه لا ترى معنى من المعاني يحتاج الى تقرير الا وتركيبه اوفى تادية له من
غيره وقوله يعقد الخلع صورته ان يقول المرأة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي او غنمي

بالرقبة
من غير اشتراك لانه اذا اوصى برقبة
لان ان آخر تكون الرقبة له والخدمة
للموصى له صح

ولد ما في بطنها وان لم يكن في البطن شي فلا شي له وما حدث بعد ذلك فللمراة لان ما في البطن قد يكون متوهما وقد لا يكون فلم تعتق حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس لها حمل ترد المهر والله تعالى اعلم

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في احكام المعاملات اذا صنع يهودي بيعة او نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا على اختلاف التخريج اما عنده فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة اذا كان المسلم فان وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته لكونه غير لازم عند ابي حنيفة واما عندهما فلان هذه الوصية معصية فلا يصح ولو اوصى بذلك اي لو اوصى بان يجعل بيعة او كنيسة لقوم معينين فهو جائز من الثلث لان في الوصية معنى الاستخلاف والتمليك وللذمي ولاية التمليك فامكن تصحيحه اي تصحيح ايصائه على اعتبار المعينين يعني الاستخلاف والتمليك فجعلنا من الثلث نظرا الى الاستخلاف وجوزنا ذلك نظرا الى التمليك واذا صار ملكا للمستمين صنعوا به ما شاؤا وان اوصى ان يجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين يعني قوما غير محصورين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا هي باطلة لان هذه في الحقيقة معصية وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولابي حنيفة ان المعتبر معتقدهم فانهم لو اوصوا بما هو قربة عندنا وهو معصية في معتقدهم لا يجوز اعتبارا لاعتقادهم فكذلك اذا اوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا الاختلاف اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى واما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك في الامصار وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله لم تصر محرزة لله خالصة بل تجري على معتقدهم فيبقى ملكا للباني فيورث عنه وقوله لانهم يبنون دليل آخر على عدم التحرز لله تعالى وقوله بخلاف الوصية متصل بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله يبوت مقيضاه كلها راجع الى الوصية بتاويل الايصاء وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك الا ان لفظها تقاعد عن افادة معناها وهو زوال الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فاما اذا اوصى بما هو قربة فيه عملت عملها وقوله ثم الحاصل ان وصايا الذمي الى آخره واضح وقوله وهو ما ذكرنا يريد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة وقوله كما ذكرناه يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله والوجه ما بيناه اي من الجانبين وهو ان المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما انها وصية بمعصية وقوله والحج مشهورة يعني الملازمة في صرف المال الموصى به الى الاستقاء المسجد وغيرها خرج منه على طريقة المشهورة على طريق الالزام وقوله على الخلاف المعروف في تصرفاته يعني انها جائزة عندهما موقوفة عند ابي حنيفة ان اسلم نفذ كما تنفذ [illegible] والا فلا وقوله وفي المرتدة

الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة فصارت كالذمية قال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هنا كالصحيح وهمنا الاصح وما يصدقان قال واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز وقيل هذا اذا لم تكن الورثة معه اما اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا اشار بقوله وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب وقوله وذلك في حق المستامن ايضا جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو ان يقال قد قلت ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه ان ذلك الرد على الورثة ايضا مراعاة لحق المستامن من لا من حقه تسليم ما له الى ورثته عند العجز عن حاجته والزيادة على مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الى آخره وقوله ولو اعتق عبده عند الموت الى آخره وقوله ولو اوصى حربي في دار الاسلام دار الاسلام طرق لا وصي لا بقوله حربي اي لو اوصى الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الاسلام جاز على ما ذكرنا قبل هذا بقوله وكذا لو اوصى له اي للمستامن مسلم او ذمي بوصية جاز والله تعالى اعلم بالصواب

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لما ان كتاب الوصايا يشتمله لكن قدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها امس ومن اوصى الى رجل اي جعله وصيا فقبل الموصى اي بعلمه ورده في غير وجهه اي بغير علم الموصي هكذا ذكره في الذخيرة اشارة الى ان المقصود بذلك علم الموصي لسبيله اي الموصي مات معتمدا عليه فلو حاله عند رد الوصي فليس برد لان الميت مضى صح رده بغير علمه فلو رد بغير علمه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضرار لا يجوز فيرد رده وطولب بالفرق بين الموصي له والموصي اليه في ان قبول الاول في حال الحياة غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكرتم واجيب بان نفع الاول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف الاول لان الموصى به يرجع الى ورثة الموصي ولا ضرر له في ذلك ويشير الى هذا الجواب قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث صح رده في غير وجهه اي في غيبته وبغير علمه لانه لا ضرر هنا لانه حي قادر على التصرف بنفسه فانه جعل علة جوابه عدم الضرر كما في رد الموصى له قال في النهاية هذا الذي ذكره مخالف

لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير
للامام المحبوبي وفتاوى قاضيخان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على ان الوكيل اذا عزل
نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لم يخرج عن
الوكالة ولكن ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشرا شي بغير عينه وعن هذا قال بعض
الشارحين رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيلا بشرا شي بعينه وقد اشار اليه
المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشرا بقوله على ما قيل الا بمحضر من الموكل وذلك
ايضا قول المشايخ على ما يشير اليه قوله قيل ونسبه الاضرار بتغريره واما اذا كان
وكيلا بشرا شي بغير عينه فليس فيه ذلك قوله ونسبه الاضرار بتغريره واما اذا كان
وكيلا بشرا شي بغير عينه قوله فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان
شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا بعضكم وكل
حال الحياة فانه ما لم يوجد من الوكيل قبول نصا او دلالة كان بالخيار فكذا هنا يجب
ان لا يكون مخيرا لانه لما بلغه الايصا ولم يرده اعتمد عليه الموصي ولم يوص الى غيره وفي
ذلك ضرر به والضرر مدفوع واجيب بان الموصي مغتر حيث لم يسئله عن الرد والقبول
فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار فيبطل الخيار وقوله
فلو انه باع شيا من تركته بيان ان القبول يجوز ان يكون دلالة فانها تعمل عمل الصريح
اذا لم يوجد صريح يخالفها لكنه يعتبر ذلك بعد الموت وقوله وقد بينا طريق العلم
وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب من ذلك ما ذكره في كتاب ادب القاضي
في فصل القضا بالمواريث ومن اعلم الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي
عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا
هو والاول سوا اي الواحد فيهما يكفي وقوله وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل
يعني ان الوصي اذا سكت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا اقبل ثم قبل فهو وصي ان
لم يخرجه القاضي حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصا عندنا خلافا
لزفر لان في ابطاله مضرة للميت وفي ابقائه ضرر للوصي لكن الاول اعلى لكونه غير مجبور
بشي والثاني مجبور بالثواب ودفع الاعلى من الضررين اولى لا محالة وقوله الا ان القاضي
اذا اخرجه استثنا من قوله فلذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه عنها حين قال لا اقبل
لا يصح قوله بعد ذلك واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال
القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسي وهو الذي
اختاره المصنف ومنهم من قال انما صح لان الوصاية لو صحت بقوله كان للقاضي ان يخرجه
ويصح الاخراج فههنا اولى واليه ذهب شمس الائمة الحلواني والباقي واضح قال
رحمه الله ومن اوصى الى عبد او كافر ومن اوصى الى عبد غيره او كافر ذمي ومستامن
او حربي او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ وهو لفظ
القدوري يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد في الصور
الثلاث ان الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في انه باطل اصلا او معناه سيبطل قال
الفقيه ابو الليث واليه ذهب ابو الليث واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام

البزدوي

البزدوي وعامة مشايخنا ان معناه سيبطل ووجهه ان العبد اهل للتصرف
ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان عاجزا عن استيفا حقوق الميت مظنونا لكون منافعه
للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك
يعجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا بانها سيبطل باخراجه القاضي عنها واما
الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل ان يخرجه القاضي جاز فثبت
ان الايصا صحيح لكنه لا يتوقى البياعات الفاسدة فجاز للقاضي ان يخرجه من الوصية
وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الائمة وذلك لان الوصاية ولاية
متعدية وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم
ولايته اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله واستبداده الى ما بعدها لانها بمنزلة الاعارة
منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معنا منع الكافر ايضا باطل لعدم ولايته
على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه انفا قوله وهذا يصلح
عذرا في اخراجه وتبديله بغيره لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله واولاده بعده
بالحفظ والصيانة وبالخيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية قوله ومن
اوصى الى عبد نفسه واضح وقوله وفي اعتبار هذه اي هذه الوصية وهي وصية عبد
على الورثة الصغار تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي
انما يملك الولاية من الموصي وولايته لا تتجزى اذ لا يقال ولايته في بعض دون بعض
فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجز فكان عائدا على
موضوعه بالنقض وقوله انه مخاطب احترازا عن الصبي والمجنون وقوله مستبد احترازا
عن الايصا الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله ليس لهم ولاية المنع فلا
منافاة فجعلناه اي لم يكن له ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة واجيب
بانه اذا ثبت الايصا لم يبق للقاضي ولاية البيع وقوله لكونه ناظرا لهم لان العاقل لا
يختار المرقوق دون الاحرار كافة اذا وثق بديانته وامانته وشفقته على بني
خلقهم وصار كالمكاتب فان الايصا اليه جائز فكذلك هذا قوله والوصاية قد تتجزى
جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزيتها وذلك ان الحسن بن زياد روى عن ابي
حنيفة انه اذا اوصى الى رجلين الى احدهما في العين والى الاخر في الدين ان كل
واحد منهما يكون وصيا فيما اوصى اليه خاصة او نقول يصار اليه اي الى التجزي كيلا
يؤدي الى ابطال اصله هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان قيل يفضي
الى تغيير وصفه وهو جعله متجزيا بعد ما لم يكن قلنا تغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى
من اهداره بالكلية قال رحمه الله ومن عجز عن القيام بالوصية معنى قوله بالوصية
بالوصاية اعلم ان الاوصيا ثلاثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المصنف العاجز
اصلا اذا ظهر للقاضي عجز وصي عن استبداد وهو عدل فضم اليه غيره رعاية لحق الموصي
والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا واذا علم ضعف الوصي وبعض كفايته وجب
عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى اليه ذلك
اي عدم الاستبداد لعجز لا يجيبه كما ذكر في الكتاب ولو ظهر عنده عجزه اصلا استبدل غيره
به رعاية للنظر من الجانبين اي جانب الموصي والوصي يقوم المنصوب من جهة القاضي

بالتصرف في حوائج الموصي والعاجز المعزول بفضل حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا
فليس للقاضي ان يتعرض اليه بالاخراج وان شكا الورثة او بعضهم اليه الا اذا ظهر
منه خيانة فانه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب قال ومن اوصى الى
اثنين الى آخره روي عن ابي القاسم الصفار انه قال هذا الخلاف بينهم فيما اذا اوصى
اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة فانه ينفرد
كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث هذا اصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين
اذا وكل كل منهما على الانفراد وحكي عن ابي بكر الاسكاف انه قال الخلاف فيهما جميعا سواء
اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل في المبسوط هذا اصح لان وجوب الوصية انما يكون
عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف
الوكالة وانما قال الا في اشياء معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف اقوال العلماء فيها
فذكر في الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الاموال
الضائعة من تجهيز الميت وكفنه الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد منه للصغير وبيع ما يتسارع
اليه الفساد ورد المغصوب والوديعة والخصومة وذكر في الجامع الصغير لقاضي خان ثمانية
وهي الستة المذكورة في الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر فيه ايضا جمع الاموال
الضائعة قيل ويحتمل ان يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيعد الكل واحدا
لئلا يزداد ما نص عليه من الثمانية والذي ذكر المصنف اكثر من ذلك وقوله سبيلها الولاية
يعني انها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله لانها ليست
من باب الولاية المستفادة من الموصي لتحققها من غير من اوصى اليه وذكر رواية الجامع
الصغير لبيان ان اقتضاء الدين اي قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف وقوله ولو اوصى
الى كل واحد منهما على الانفراد ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول واختيار منهما على
الانفراد ذكرناه وقوله فان مات احدهما متصل باول الكلام وقوله ولو ان الميت منهما
اوصى الى الحي ظاهر وقوله والى الجد في النفس يعني اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار
والصغائر واستيفاء القصاص للجد وكذا الوصي فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول باعتبار
هذه الخلافة فيجعل الاول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله وعند
الموت كان له ولاية اي عند موت الموصي كان للوصي ولاية التركتين اي في تركة نفسه
سماه تركة باعتبار ما يؤول اليه وتركة موصيه اما في تركته فباعتبار انه ملكه واما في
تركة موصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل الثاني منزلته فيهما وقوله فلا يرضى بتوكيل
غيره اي لا يرضى الموكل بان يوكل غيره وكيله غيره او يوصي الى غيره قال رحمه الله ومقاسمة
الوصي الموصى له عن الورثة جائزة رجل اوصى الى رجل بثلث ماله وله ورثة صغار و
كبار غيب ثم الحي الموصى له نائبا عن الورثة واعطاه الثلث وامسك الثلثين للورثة
فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفي المنقول ان كانوا كبارا
حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشيء واما اذا كان الوارث
كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غائبا فقاسم الوصي مع الوارث عن الموصى له فاعطى الورثة
حقهم وامسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان او كبيرا حاضرا او غائبا
في المنقول والعقار جميعا اما اذا كانوا كبارا فلانه ليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع

المنقول لكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه المسئلة ما ذكر في الكتاب وحاصله ان الورثة
والوصي كلاهما خلف عن الميت فيجوز ان يكون الوصي خصما عنهم وقائما مقامهم واما الموصى
له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه لكونه بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصما عنه
وقائما مقامه في نفوذ القسمة عليه وقوله حتى يرد بالعيب اي فيما اشتراه المورث ويرد عليه
اي فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانه اذا اشترى جارية فمات ثم استولدها
الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها
المورث من آخر والمسئلة بحالها فان المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه لانه ليس خليفة
عن بائعه حتى يكون غرره كغروره وقوله غرامة الوصي لا يضمن جواب سؤال تقريره
اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك والفعل الذي هو
غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى في المال واستهلكه ووجه الجواب ما قال لانه امين
فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الى آخره وقيد
اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك
اما لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا
في النهاية فان قام الورثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكر لكونه لفظ الجامع الصغير
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه قال رحمه الله وان كان اوصى الميت
بحجة رجل مات وترك اربعة آلاف درهم واوصى ان يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فاخذ
الوصي الالف ودفعها الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق قال ابو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من
التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف
يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا
لا يؤخذ منه مرة اخرى وقال محمد اذا سرقت الالف الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة
اخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح وقوله ومن اوصى بثلث الف درهم
واضح مما ذكر في الكتاب وذكر الامام المحبوبي فان هذا الجواب فيما اذا كانت التركة مما
يكال او يوزن لان القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفرد احد الشريكين من غير قضاء ولا رضا
ويجوز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فاما فيما لا يكال ولا يوزن
فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز وكذا قسمته قلت وضع
المسئلة في الدراهم لعله اشارة الى ذلك فانها مما يوزن قال واذا باع الوصي عبدا من التركة
ذكره لبيان الفرق بينها وبين ما اذا باع المولى او وصية عبده المأذون له المديون بغير محضر
من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان لغرماء العبد هناك حقا في استغلال العبد وبعد البيع
لا يبقى فكان في البيع ابطال حق الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم واما هاهنا فليس لغرماء المولى حق في
استغلال الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا لحق الغريم بل يكون محققا له لان حقه في الدراهم
او الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء
يعني اذا باع بمثل قيمته قال ومن اوصى ان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين الى آخره وقوله
لانه ضمنه بقبضه اي لا بعمل آخر يكون الورثة لانه باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن
عاملا للموصي ولا لورثته وقوله لان الرجوع بحكم الوصية لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان
حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث وقوله انه يرجع عليهم بحكم الغرور وان الميت غره بقوله

هذا ملكي فإنه لما أمر ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلا هذا العبد ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته فكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله وقد مر في كتاب القضاء يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله وإذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء إلى آخره وقوله فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء على الورثة ولا على المساكين إن كان التصدق عليهم لأن البيع لم يقع للميت نصا كما إذا كان على الميت دين آخر وذكر في الذخيرة معزيا إلى المنتقى أن الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لأن غنم تصرف الوصي عاد إليهم فالغرم يجب أن يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له وقوله فإن قسم الوصي الميراث إلى آخره ظاهر وكذلك قوله وإذا احتال الوصي بمال اليتيم ولم يذكر ما إذا كان المحتال عليه مثل المحال عليه بسواء في الملاءة وذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ وقيل لا يجوز ويحتاج إلى الفرق بينها وبين ما لو باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من أجنبي فإنه جائز وفي الفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها إذا لم يكن فيها غبن فاحش وأما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم وبرأس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه وبرأس مال السلم وهي كانت معاوضة من كل وجه وإذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف فيجب أن يكون هذا أيضا على ذلك وقوله ولا يجوز بيع الوصي واضح ولم يذكر ما إذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئا لنفسه أو باع من اليتيم شيئا من ماله هل يجوز أو لا إن كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف في إحدى الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى أظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز على كل حال وقوله والصبي المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى لأن الإذن فك الحجر فكان تصرفهم نيابة عن أصل ذلك الوصي على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن

قال رحمه الله وإذا كتب كتاب الشراء على وصي هذا تعليم لكاتب الحقوق والشهود لنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن ذلك أحوط وقوله وبيع الوصي على الكبير الغائب قيد بالكبير لأن الورثة إذا كانوا صغارا جاز للوصي أن يبيع من تركة الميت العروض والضياع على جواب الشك كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيبا وفي المنتقى إنما يجوز للوصي بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمن أو يكون الصغير حاجة إلى ثمن العقار أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لأنهم إذا كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركة أصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع إلى الورثة إلا إذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية ولم يقض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فيبيع التركة كلها إذا كان الدين محيطا وبمقدار الدين إن لم يحط وله بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما وينفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذ الوصية شيئا من التركة جاز بمقدارها بالإجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله لأن الأب يليه ما سواه دليل المسألة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسألة إذا لم يكن على التركة دين فإن كان وهو مستغرق فله أن يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن

العقار أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما قالا في منع بيع الزيادة إن جوازه للحاجة ولا حاجة إلى بيع الزائد فلا يجوز واستحسن أبو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية وهي لا تتجزى فمتى ثبت له الولاية في بيع البعض ثبتت في الباقي ولأن في بيع البعض إضرارا بالعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير ألا ترى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فإن قلت قد علم حكم المسألة إذا كانت الورثة كبارا غيبا ولم يذكر في الكتاب وإذا كانوا صغارا بمفهومه فما حكمها إذا كانوا صغارا وكبارا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فالوصي بيع المنقول بالإجماع وبيع حصة الصغار من العقار وأما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف والذي مر وإن اشتغلت بدين مستغرق فيبيع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق فيبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وإن كانوا حضورا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالإجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وإن كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف وذكر أنه لا يتحرى في المال الظاهر وقوله وهذا الجواب في ظاهر تركة هؤلاء يعني الأخ والأم والعم وإنما قيد بتركة هؤلاء فيما ترك الأب لأن وصي الأب في الكبير الغائب قائم ووصي الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار والمنقول في ذلك سواء لأنه قائم مقام الأم والأم حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير من الأب فكذا وصيها فيه بيع المنقول دون العقار لأن له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار إذا لم يكن على التركة دين أو وصية أما إذا كان فإن كان مستغرقا فله بيع الكل ويكون دخل بيع العقار تحت ولايته لأن بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وإن لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الأخ والعم لأنه كالأم ولا ولاية للأم على الصغير في المال فكذا لا ولاية للأخ والعم عليه **قال** والوصي أحق بمال الصغير من الجد إلى آخره ظاهر وقوله لما بينا إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه إلى آخره

فصل في الشهادة

قال في النهاية إذا لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية أخر ذكرها العدم عراقتها فيها وقوله وإذا شهد الوصيان ظاهر وقوله وجه الاستحسان إلى آخره تقرير عليه بأنه إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فإذا لم يكن ذلك من غير شهادة فكذلك عند الشهادة إذا أمكنت فيها الشبهة واختيار القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصي لهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير له في هذا المال إلا بإثبات كاتبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك ههنا ومعنى قبول الشهادة إسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي وقوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة **قال** وكذلك لو شهد يعني الوصيين إلى آخره واضح وقوله وإن شهد رجلان لرجلين هذه المسألة على أربعة أوجه

الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرسلة او بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان يشهد الرجلان بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية بعبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخرا وهو ان يشهد الرجلان بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة او بثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة يقبل كالثالث على ما ذكر في الكتاب واما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك ايضا فوجه القبول وهو الذي ثبت عليه محمد رحمه الله ولم يضطرب ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة

كتاب الخنثى

لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود وذكر في المغرب ان تركيب الخنثى يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى والظاهر ان الواو الواقع في اول الكلام للاستيناف وكلامه ظاهر وقوله فهو دليل على انه العضو الاصلي الصحيح وجه الدلالة ان الله تعالى خلق في الحيوان لكل عضو منفعة ومنفعة هاتين الآلتين عند الانفصال من الام ليست الا خروج البول منها وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية للآلة كونها مبالا فاذا بال من احدهما عرفنا ان الآلة التي للفصل في حقه هذه والاخرى زيادة خرق في البدن وكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امرأة وان لم يظهر شيء وتعارضت العلامات فهو خنثى مشكل وهذا يدفع ما يقال لا اشكال بعد البلوغ اذا اراد به الغالب الا

فصل في احكامه

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة احكام الخنثى المشكل ولم يقل المشكلة لانه لما لم يعلم تذكيره

وتأنيثه لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة احكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل احكامه فقال الاصل في الخنثى المشكل ولم يقل المشكلة لانه لما لم يعلم تذكيره وتأنيثه والاصل هو الذكر لان حوا خلقت من ضلع آدم اعتبره فان قام في صف النساء فاحب الينا ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل قيل وانما قال بالاستحباب اعادة الصلاة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم وهو محاذاة الرجل المرأة في صلوة مشتركة موهوم والتوهم احب له ان يعيد الصلاة فان قيل الخنثى ان كان مراهقا فلا اعادة عليه وان افسدها وكان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا وجبت الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فيجب احتياطا فما وجه قوله احب الي ان يعيد اجيب بان مراده اذا كان مراهقا فالاعادة مستحبة تخلقا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة لكن ذكر في المبسوط ان المراد بالاعادة كاعادة وتحية كذا في الذخيرة وعلى هذا التقرير يكون اعادة من عن يمينه ويساره وخلفه بحذائه اذا قام في صف الرجال واجبة لكن ذكر في المبسوط ان المراد بالاعادة على طريق الاستحباب لما بينا ان محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم وقوله واحب الينا ان تصلي بقناع يعني اذا كان مراهقا واما اذا بلغ بالسن فذاك واجب وقوله وهو الاستحباب يعني اذا كان غير بالغ واما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء فالاعادة واجبة وقوله لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة قيل فيه نظر لانه وان كان صحيحا في حق الرجل ولكنه فاسد في حق المرأة لان المرأة لا يباح لها النظر الى موضع العورة من سيدها بل لها ان تنظر من مولاها الى ما لها ان تنظر اليه من الاجنبيات والصواب في التعليل فان كان انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وهو اخف منه الاختلاف الجنس فليس للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدها فان قيل فلو وجد الولي امرأة بمهر يسير اغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير اجيب بان محمدا رحمه الله لم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح ما لم يتبين امره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لان الخنثى ان كان امرأة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها وقوله ويكره له في حياته لبس الحرير قيل لا فائدة في قوله في حياته فانه لا لبس بعد الموت وكان معناه مفهوما من قوله لبس وجوابه ان فيه سهولة لانه انسب لما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاحراج يجوز ان يعضدا بيانا للواقع وانما كره ذلك لان لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط فان الاجتناب عن الحرام فرض والاقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذرا عن الوقوع في الحرام وقوله وان يتكشف قدام الرجال او قدام النساء يعني اذا كان مراهقا والمراد بالانكشاف هو ان يكون في ازار واحد لا ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا وهذه المسئلة تدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز له التكشف للنساء في ازار واحد وقوله وان يخلو به اي يكره ان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة لقوله صلى الله عليه وسلم الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما شيطان وامره في ذلك يحتمل نظرا الى حالته وقوله لا غاية في لباسه يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح وقوله ظاهر وقوله لما قلت اشارة الى قوله لان الحنث لا يثبت بالشك وقوله وان قال العولى يعني ان يقول كل عبد لي وكل امة لي فهو حر وقوله لانه ليس بمهمل يعني انه في الواقع ليس بخارج عن

اخوى الحالين وقوله لانه دعوى تخالف قضية الدليل لانه يقتضي بقاء الاشكال وهو لا يعلم
في ذلك من نفسه خلاف ما يعلم به غيره وقوله ينبغي ان يقبل لما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير
مذكور فلم يتيقن به وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء اي غسل الرجل المرأة
وعكسه غير ثابت في الشرع فان النظر الى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت الا ان نظر الجنس
اخف لاجل الضرورة ابيح نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته
فاذا كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به
فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال او عكسه فانه ييمم بالصعيد مع الخرقة ان كان الاجنبي
وبغيرها ان كان ذا رحم محرم من الميت وينظر الميمم الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز
ان يكون امرأة ولا تشترى جارية للغسل كما كان يتكلف للختان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية
فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحياة وله اهلية المالكية فيها وقوله
ووضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه يعني اعتبارا بحال الحياة لانه يقوم بين صف الرجال
والنساء فكان في قرب الامام بعد درجة وكذلك في حال الممات والاصل فيه قوله صلى الله عليه
وسلم ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف
الرجل حتى يقدم الرجل الى جانب القبلة لانه جهة الشرف والرجل بالتقرب اليه اولى وقد جاء
في الحديث انه صلى الله عليه وسلم امر بتقديم اكثرهم اخذا للقرآن الى جانب القبلة ويجعل بينهما
حاجز من صعيد ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله وان جعل على السرير نعش المرأة النعش شبه المحفة
يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقد تقدم في كتاب الصلاة وقوله وان كان ذكرا فقد زاد
على الثلث فلا بأس به لكن لانه عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على الثلاثة
في الكفن للرجل غير ضار كما في حال الحياة فان للرجل ان يلبس حال حياته ازيد على الثلاث واما
اذا كان انثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة في كفنها خمسة اثواب قال فلو
مات ابوه وخلف ابنا اعلم ان الشيخ ابا الحسن القدوري رحمه الله ذكر قول محمد مع ابي يوسف
وكذلك اثبت المصنف في الكتاب وكذا ذكره الشيخ ابو نصر البغدادي وفي عامة الكتب
ذكر قول محمد مع ابي حنيفة ولكن ابو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد فسره
على وجه آخر وهو تفسير محمد بان جعل على اثني عشر واخذ به وكان قول ابي يوسف اولا كقول
ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم فيقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات ابو الخنثى وترك ابنا
فالمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان
يتبين غير ذلك اي غير كونه انثى بظهور احدى علامات الذكور بلا تعارض فحينئذ يعتبر ذكرا وقالا
للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي وابن ابي ليلى والثوري وهو
مذهب ابن عباس رضي الله عنهما واختلفا في قول الشعبي قال محمد المال بينهما على اثني عشر
سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة
وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع نصيب
ابن فيضرب مخرج الربع وهو اربعة في سهم وثلاثة ارباع سهم فيحصل سبعة فللخنثى ثلاثة
وللابن اربعة وعند محمد رحمه الله ان الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان
انثى كان اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث صحيح واقل ذلك ستة ففي حال الذكورة بينهما
نصفان لكل واحد ثلاثة اسهم وفي حال انوثته سهمان للخنثى واربعة للابن فسهمان للخنثى ثابتان

بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر
بالنصف فيضعف ثم وقد كسرنا الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وفي تأخير
قول محمد اشارة من المصنف الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقليل نصيبه وما
ذهب اليه محمد رحمه الله اقل مما ذهب اليه ابو يوسف بسهم من اربعة وثمانين لانا نضرب خمسة
من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وخمسة للخنثى منه ثلاثة فاضربه في اثني عشر فيبلغ
ستة وثلاثين واضرب خمسة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه
في سبعة فيكون خمسة وثلاثين فظهر ان التفاوت بسهم من اربعة وثمانين كذا افاده
الامام حميد الدين ولابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء لانه لا ابرا...
سبب تحقق عن منازع فلا بد من البناء على المتيقن وهو الاقل وهو ميراث الانثى متيقن
في وجه ... وكما اذا كان اثباته بطريق آخر فانه يؤخذ بالمتيقن بدون المشكوك الى ان يقوم الدليل
على الزائد لكون الاول متيقنا به دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة
وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهالة وقعت في الصفة فلا يمنع الوجوب لانا نقول الشك
الكلام في استحقاق اصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه الذكورة والانوثة
والثابت منهما متيقن به فيما نحن فيه وقوله الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله
وهو ميراث الانثى متيقن به يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما اوجبنا له ورثا
عند الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى
ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون
زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى فان قدرنا الخنثى انثى كان للزوج النصف وللام
الثلث وللخنثى النصف والمسألة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقي
بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو اقل فقدرناه ذكرا واذا تركت امرأة واخا
لام واختا لاب وام هي خنثى ولبني الاخياف الثلث فان قدرنا الخنثى انثى ترث
النصف تكون المسألة من اثني عشر وهو اقل فقدرناه ذكرا ولو ماتت وتركت زوجا
واختا لام وخنثى لاب كان للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شيء للخنثى وهذا
معنى قول العلماء في تفسير قوله اقل النصيبين اسوء الحالين وهذا مذهب عامة الصحابة
رضي الله عنهم فان قيل اذا كان الخنثى ممن يتوهم استحقاقه امرأة في المال كيف يكون حاله
في الميراث ما ذكره المصنف رحمه الله في الكتاب قلت كأنه اشار الى ذلك في اول البحث بقوله
وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك يشير الى ان الثاني في تلك المسألة يدفع
الى الابن جميع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقص من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث جعلنا
الخنثى انثى ما زاحمه الا في الثلث فيبقى ما وراء ذلك مستحقا له وهل يؤخذ منه الكفيل قال
بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ
منه كفيلا في قول ابي حنيفة وعندهما يحتاط في اخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في اخذ
الكفيل ههنا عندهم جميعا وانما لم يجوز ابو حنيفة هناك للمجهول وههنا انما يأخذ الكفيل للمعلوم
وهذا طريق مستقيم يصون به القاضي قضاءه وينظر فيمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو صبي

فيأخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين ان الخنثى ذكر استرد ذلك من اخيه وان تبين انه انثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس منها مجهول فيتوقف الى ان يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود

الى ان يتبين امره لان المستحق لهذا السدس مجهول

مسائل شتى

قد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسائل شتى او مسائل منثورة او مسائل متفرقة من داب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه قوله فاذا كان ذلك مما يعرف انه اقرار يشير الى انه ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار ومثل ان يحرك راسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك راسه طولا ان كان ذلك منه معهودا في نعم وقوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه على بنا المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله حتى لو امتدا ذلك به سنة كذا ذكره التمرتاشي وروي عن ابي حنيفة انه قال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى وقوله وفي الاخرس عرفناه بالنص وهو ما روي عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل الصدقة قد ند فرماه رجل بسهم فقتله فقال صلى الله عليه وسلم ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه وقوله ولا يحد اي الاخرس اذا قذف بالاشارة او الكتاب ولا يحد له اي اذا كان مقذوفا وقوله وهو في حق الاخرس اي العجز في حق الاخرس الظهر منه في حق الغايب لان الظاهر من حال الغايب الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال الخرس فلما قبل الكتاب في حق الغايب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلان يقبل في حق الاخرس مع الياس عن زوال الخرس اولى وقوله ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين احترازا عن المستبين وهو الكتاب على الهوى والما مرسوم اي معنون اي مصدر بالعنوان وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان وقد ذكرنا على الاقسام الثلاثة والحكم في كل منها ما ذكره وقوله فينوي فيه اي يطلب منه النية وقوله لانه بمنزلة صريح الكتابة اي الكتابة القولية انت باين وامثاله وقوله ولا يختص بلفظ دون لفظ فانه كما يثبت بالعربي يثبت بغيره وقد يثبت بغير لفظ اي بفعل بدل القول كالتعاطي وقوله ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك اي لا يكون حجة فيكون فيهما اي في الاخرس والغايب العجز لاخرس بيانا وقوله لانه اي الاشارة على تاويل المذكور وقوله لانه اي محمدا جمع هنا اي في الكتابة بينهما بقوله يكتب كتابا او يومي ايماء وقوله وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة لان فصل البيان في الكتابة معلوم حسا وعند ناحية يفهم منه المقصود

بلا شبهة

بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام وفي الاشارة زيادة اثر لم توجد في الكتابة لانه اي الاشارة اقرب الى النطق من اثار الاقلام لان العلم بالكتابة انما يحصل باثار الاقلام وهي منفصلة عن المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل عنه فكان اولى بالاعتبار وقوله وكذا الذي صمت يوما او يومين عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه اي لا يجوز اقراره بان اومى براسه اي نعم او كتب وقوله واذا كانت الغنم مذبوحة الى اخره ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والاخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر فيجوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجز بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب احق من غيرها لان الثياب لو كانت نجسة كان له ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن من الغنم ويوضحه ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة ارباعه نجسا وربعه طاهر يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلان يجوز بالتحري حالة الاشتباه اولى والله اعلم بالصواب تم الكتاب المبارك بحمد الله وعونه

اذا ترك وارثين اجاز احدهما وصيته وردها الاخر فمن لم يجز فالثلث جائز عليه ومن اجازها كان ذلك
في حقه فطريق معرفته ان تصحح المسألة على تقدير الاجازة ثم على تقدير الرد كما اذا اوصى لرجل بثلث ماله
وللاخر بخمسه وترك ابنين فاجاز احدهما ورد الاخر فعلى تقدير اجازتهما الوصيتين للموصى له الاول ثلثة من
عشرة وللثاني اثنان والباقي بين الابنين نصفان وتصح المسألة من عشرين وعلى تقدير ردهما الوصيتين الثلث
بين الموصى لهما على خمسة وتصح من خمسة عشر فبين المسألتين موافقة بالخمس فاضرب خمس احدهما في جميع الاخرى
فيبلغ ستين فمنها تصح المسألة فالثلث سالم لهما بغير اجازتهما وهو عشرون وبقي لهما الى تمام الوصيتين سدس المال
وذلك عشرة فلهما نصف ذلك وهو خمسة وهي حصة المجيز فاجتمع لهما خمسة وعشرون فيقسمان اخماسا للموصى له
الاول خمسة عشر وللثاني عشرة وللابن المجيز خمسة عشر وللابن الراد عشرون وبين الانصباء موافقة بالخمس فاختصر
المال الى خمسه واعط لكل واحد منهم خمس ما بلغ نصيبه تامل وقس على هذا لو ترك مع الموصى لهما بنتين او اختين
او اخوين وتم جرى بجزائهما فاجاز احدهما الوصيتين وردها الاخر
تم التحقيق